

Direito Penal Militar Juvenil (?)[1]¹

Cícero Robson Coimbra Neves[2]²

RESUMO

Há uma forte tendência no Brasil em buscar a solução para a criminalidade juvenil na redução da maioridade penal, hoje grafada na Constituição Federal e compreendida como cláusula pétrea pela maioria da doutrina. Ocorre que, no Código Penal Militar, essa concepção ganha tonalidades um pouco diferentes, porquanto naquele diploma legal o menor de dezoito anos, em algumas situações, torna-se, à luz da norma, penalmente imputável no crime militar, gerando, pois, a necessidade de confronto dessa previsão com a norma constitucional. A presente pesquisa, dessarte, tem o escopo de demonstrar que, no que concerne à disposição da maioridade penal no Código Penal Militar, a disciplina trazida pelo código não foi recepcionada pela “Lei Maior”, podendo-se afirmar que um adolescente que pratique fato descrito como crime militar estará, em verdade, em prática de ato infracional. Mais ainda, o trabalho tem a pretensão de sedimentar posições acerca da apreensão e internação de adolescente na prática de ato infracional, bem como avaliar o impacto de uma possível redução da maioridade penal, por propostas de emendas à Constituição, na legislação penal castrense.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Militar; Estatuto da Criança e do Adolescente; Direito Penal Juvenil; delinquência juvenil.

ABSTRACT

In the Brazilian context, there is a strong tendency to think the reduction of the minimum age for criminal responsibility as a possible solution for juvenile delinquency, age that is defined by the Brazilian Constitution. However, according to the Brazilian Military Law the kid who is below eighteen, in some situations, might be framed in a military crime, what is a contradiction to the Constitution. So, this research aims at discussing such contradiction: since what the Brazilian Military Law tells about this matter is not part of the Brazilian Constitution, it makes possible to interpret the illicit act made by the under-eighteen, which might be considered a military crime, as a misdemeanour according to the Constitution. This work tries also to discuss the detention of under-eighteens who had done illicit acts, as well as examining the impact of a possible reduction of the minimum age for criminal responsibility. This reduction has been proposed as an amendment to the Brazilian Constitution, in the Brazilian Military Law.

Keywords: Brazilian Military Law, Children and Teenager, Statute of the Child and Adolescent, Juvenile Delinquency.

DIREITO PENAL MILITAR JUVENIL(?)

Cícero Robson Coimbra Neves

Sumário: 1. Introdução. 2. A tríplice responsabilidade 3. A identificação do crime militar. 4. Dispositivos do CPM que tratam da maioridade penal: 4.1. Imputabilidade no Código Penal comum; 4.1.1. Povos primitivos e da antiguidade; 4.1.2. Período medieval; 4.1.3. Os Códigos Penais brasileiros; 4.2. Imputabilidade no Código Penal Militar. 5. Maioridade penal na Constituição Federal de 1988 e a “teoria da recepção”. 6. Antecipação da capacidade civil e maioridade penal. 7. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): 7.1. Criança ou adolescente; 7.2. Configuração de ato infracional; 7.3. Conseqüência da prática de ato infracional: 7.3.1. Criança; 7.3.2. Adolescente; 7.4. Punição disciplinar e sua validade em substituição de medidas protetivas ou socioeducativas; 7.5. Apreensão; 7.6. Registro e primeira apuração de ato infracional; 7.7. Local de internação; 8. Os novos rumos: 8.2. A aprovação da PEC 20/99 e sua influência no Código Penal Militar: 8.2.1. Art. 228 da Constituição Federal: núcleo rígido da Lei Maior; 8.2.2. Reflexos da aprovação. 9. Conclusão.

1. Introdução

Muito comum, na atualidade, é a discussão acerca da redução da maioridade penal no Brasil, um movimento que, embora tenha o afago popular, é muito criticado por alguns aplicadores do Direito.

A questão, no entanto, pode ganhar uma complexidade adicional, se avaliada sob a possibilidade da prática de ato capitulado no Código Penal Militar por adolescente, razão pela qual o tema tem ganhado muita relevância no âmbito das Justiças Militares e no círculo dos atores de polícia judiciária militar, sendo fundamental que alguns postulados sejam indicados.

A presente construção, portanto, presta-se a ingressar por esse assunto tão espinhoso, atendo-se a duas vertentes principais: primeiramente, será exposta a atual conformação da legislação em vigor acerca do fato típico militar praticado por adolescente; em seguida, será exposta, brevemente, a nova direção com as atuais Propostas de Emenda Constitucional (PEC), avaliando-se o seu impacto na legislação penal castrense.

2. A tríplice responsabilidade

O militar do Estado, como espécie de agente público, está sujeito a uma tríplice responsabilidade, no que tange aos atos ilícitos que pratica. É dizer que o militar das Forças Armadas, o policial militar ou bombeiro militar, ao praticar uma conduta irregular, poderá sofrer conseqüências nas esferas penal, civil e administrativa. Para alguns, não se pode ignorar, há ainda a improbidade administrativa como uma quarta

esfera, da qual não nos ocuparemos por merecer, se quisermos compreendê-la, um estudo específico, que fugiria ao propósito desta construção.

Como bem se sabe, a responsabilidade penal decorre da aplicação das leis penais, dentre elas o Código Penal Militar, o Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, que define quais são os crimes militares em tempo de paz e de guerra.

A responsabilidade administrativa, por sua vez, encontra seu delineamento nos estatutos e regulamentos disciplinares, o que colore a responsabilidade em relevo com a designação de “disciplinar”. Em outras palavras, surge a chamada responsabilidade administrativo-disciplinar ou, simplesmente, responsabilidade disciplinar.

Por fim, a responsabilidade civil decorre da aplicação do Código Civil, tendo, em regra, como contrapartida o dano, material ou moral, que gera o dever de reparação por seu autor. Esse dever de reparação poderá dar-se de forma direta ou de forma reflexa, em face do direito de regresso.

Muito importante para nosso propósito que se entenda como se processa, na visão doutrinária, a interação dessas esferas. Em outros termos, deve-se averiguar, para a apresentação que se afigura, se as esferas são independentes ou não entre si, principalmente no que se refere à responsabilização penal e administrativa.

Cediço na doutrina que as esferas de direito supracitadas (penal, administrativa e civil) funcionam de modo autônomo e harmônico, uma em relação às outras.

Entendemos que essa relativa independência, no caso específico dos militares, é mitigada, mas ainda assim existente e necessariamente reconhecida.

No que tange especificamente às esferas penal e administrativa, Di Pietro, com peculiar maestria, ensina que, em face de um fato que é, ao mesmo tempo, definido em lei como crime e transgressão, “instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa”[3]³.

Cumprido, por derradeiro, anotar que as esferas em apreço constituem círculos concêntricos, o que permite afirmar que nem toda transgressão é crime, porém, todo crime é transgressão. Assim, um fato pode não ser considerado um crime (comum ou militar), mas poderá, contudo, sofrer a repressão disciplinar e, em alguns casos, fomentar a obrigação de reparar o dano.

3. A identificação do crime militar

Uma das principais tarefas para os atores do Direito Penal Militar é distinguir o ilícito penal militar do crime comum e, nesse mister, a tipicidade é fundamental.

Deve-se lembrar que, em várias situações, a tipicidade de um crime militar dá-se de forma indireta, ou seja, não basta apenas verificar a descrição típica da Parte Especial, carecendo verificar também sua complementação pela Parte Geral, em especial o art. 9º do CPM. Como última averiguação, devemos verificar a possibilidade de o sujeito ativo praticar crime militar na esfera analisada, verificando-se, neste ponto, não só um problema de tipicidade, mas também uma questão atrelada à culpabilidade.

Assim, pode-se sistematizar a averiguação da tipicidade do crime militar seguindo-se três passos, evidenciados por três questões, a saber:

- 1ª) O fato praticado está previsto na Parte Especial do Código Penal Militar?
- 2ª) Há previsão das circunstâncias do crime em um dos incisos do art. 9º do CPM?
- 3ª) O sujeito ativo do crime pode ser processado e julgado pela Justiça Militar que apreciará o delito?

Caso a resposta seja “sim” às três proposições, haverá tipicidade do fato no aludido Código, lembrando que a conclusão por crime depende ainda da análise da antijuridicidade e da culpabilidade.

Deve-se entender que essa abordagem, mera automação de ferramentas para atingir o fim principal (identificar um fato tipificado no CPM), não pode ser observada com o rigor técnico da dogmática penal em dias atuais. Dessa forma, deve-se entender a “fórmula” apresentada como um procedimento de rápida distinção entre crime comum e crime militar.

Raciocinemos com exemplos:

Exemplo 1: soldado da Polícia Militar, de folga, intervém em roubo a uma casa lotérica, entrando em confronto com os roubadores, fere mortalmente um deles. Posteriormente, vem a saber que o morto era também policial militar da ativa. Nesse caso, vamos responder às questões:

- 1ª) Sim, há o tipo “homicídio” no art. 205 do CPM, e o crime contém igual definição no Código Penal.
- 2ª) Sim, por ter sido cometido por policial militar da ativa e por ter igual definição no Código Penal, aplicamos o inciso II do art. 9º, enquadrando-se na alínea “a”, já que o

sujeito passivo também é militar da ativa; recorde-se que, na visão doutrinária e jurisprudencial majoritária[4]⁴, para o preenchimento da alínea “a”, prescinde-se da constatação de que o sujeito ativo, militar da ativa, conheça a condição de militar da ativa do sujeito passivo.

3ª) Sim, nos termos do § 4º do art. 125 da CF, a Justiça Militar Estadual julga policial militar.

Exemplo 2: civil, membro de organização criminosa, ingressa em quartel da Polícia Militar e com a pura e simples intenção de afetar o moral da tropa, desacreditando a força policial estadual, escolhe um soldado PM (no quartel, de folga e fardado), praticando contra ele o crime de homicídio. Respondamos às questões:

1ª) Sim, há o tipo “homicídio” no art. 205 do CPM, e o crime contém igual definição no Código Penal.

2ª) Sim, por ter sido cometido por civil que almejava atingir a Corporação, em lugar sujeito à Administração Militar, aplicamos a alínea “b” do inciso III do art. 9º.

3ª) Não, nos termos do § 4º do art. 125 da CF, a Justiça Militar Estadual não é competente para julgar civis[5]⁵.

Exemplo 3: civil, membro de um grupo criminoso, ingressa em quartel do Exército Brasileiro e com a pura e simples intenção de afetar o moral da tropa, desacreditando as Forças Armadas, escolhe um soldado (de folga e fardado) praticando contra ele o crime de homicídio. Vejamos as respostas:

1ª) Sim, há o tipo “homicídio” no art. 205 do CPM, e o crime contém igual definição no Código Penal;

2ª) Sim, por ter sido cometido por civil que almejava atingir a Corporação, em lugar sujeito à Administração Militar, aplicamos a alínea “b” do inciso III do art. 9º.

3ª) Sim, nos termos do art. 124 da CF, a Justiça Militar Federal é competente para julgar qualquer pessoa que pratique crime militar.

Os exemplos acima demonstram muito bem o processo de distinção, podendo-se afirmar – majoritariamente, ressalte-se –, que há fato típico de crime militar no primeiro e terceiro casos hipotéticos, já que obtivemos a resposta afirmativa às três questões. Contudo, uma hipótese afeta à terceira questão ainda não foi idealizada. Referimo-nos à hipótese de fato praticado por um adolescente. Vejamos o exemplo:

Exemplo 5: um cadete da Escola Preparatória de Cadetes do Exército, com 17 anos de idade, na função de sentinela mata alguém em repulsa a uma invasão armada daquela Unidade. Às questões, apenas averiguando à tipicidade, diríamos:

1ª) Sim, há o tipo “homicídio” no art. 205 do CPM, e o crime contém igual definição no Código Penal;

2ª) Sim, por ter sido cometido por militar em serviço, aplicamos a alínea “c” do inciso II do art. 9º.

Exatamente na terceira questão estaríamos concentrando a discussão do presente trabalho, navegando, desta vez, no campo da culpabilidade, já que tratamos de imputabilidade.

Assim, questiona-se: para o Código Penal Militar o adolescente pode praticar crime militar?

Para responder a essa indagação, carecemos de conhecer as disposições acerca da maioria penal do Código Penal castrense e compará-las ao ordenamento jurídico constitucional, o que passaremos a fazer em seguida.

4. Dispositivos do CPM que tratam da maioria penal

Como bem assinalam Bitencourt e Muñoz Conde, três sistemas prestam-se à definição da imputabilidade penal: “a) biológico, que condiciona a responsabilidade à saúde mental, devendo o portador de uma deficiência mental ser considerado inimputável sem que se questione o fato psicologicamente; b) psicológico, que não avalia se há uma deficiência mental mórbida, mas investiga se havia, ao tempo do crime, a possibilidade de apreciar a ilicitude do fato (momento intelectual) e de se conduzir de acordo com esse entendimento (momento volitivo); e c) biopsicológico, que é a reunião dos dois anteriores, ou seja, o agente somente é imputável se, em razão de enfermidade ou retardamento mental, era, ao tempo do crime, capaz de entender a ilicitude do fato (momento intelectual) e de se conduzir de acordo com esse entendimento (momento volitivo)”[6].

Urge, pois, averiguar qual o critério adotado pelo Brasil e se esse critério também se aplica ao adolescente.

Começemos pela legislação penal comum para, após, ingressarmos na lei penal castrense.

4.1. Imputabilidade no Código Penal comum

O Código penal comum, como regra geral, adotou o critério biopsicológico, grafando no art. 26 que é “isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. No parágrafo único, complementa a regra dispondo sobre a semi-imputabilidade, quando a pena deverá ser “reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Contudo, em relação ao menor de 18 anos, o legislador abandonou o critério biopsicológico[7]⁷ e adotou o critério biológico, grafando no art. 27 que os “menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

É importante consignar que nem sempre essa foi a disposição da legislação penal comum, sendo conveniente fazer uma breve incursão histórica acerca da maioridade penal em alguns períodos da História para, posteriormente, alcançar os diversos códigos penais brasileiros. Essa evolução histórica, por óbvio, deve centrar-se também na compreensão indivíduo em face do Direito, já que para se compreender o menor como um indivíduo dotado de especiais necessidades, é preciso primeiro compreender o homem como titular de direitos em face do Estado e de seu ordenamento jurídico.

4.1.1. Povos primitivos e da antiguidade

Em sua essência, o homem é um ser social, buscando, desde remota época, a convivência em grupos familiares, sociais e políticos, grupos esses que buscavam o estabelecimento de regras para a sua própria preservação e não a do indivíduo[8]⁸.

Essas regras, no entanto, continham um cunho religioso exagerado, porquanto as sociedades primitivas, fundamentalmente totêmicas, não distinguiam o “divino”, inexplicável, da norma de conduta humana, havendo, dessa forma, a fusão entre Direito, moral e religião[9]⁹.

Dessarte, possuíam sim um sistema de conotação jurídica, vez que se estabeleciam regras comportamentais cujo desrespeito implicava em sanções; no entanto, tal sistema visava a coesão grupal. Foi essa concepção que afastou, num momento posterior, a regular prática da vingança de sangue, já que destruía ela os aglomerados humanos

ligados por um mesmo signo. Em outras palavras, não foi a preocupação com o indivíduo que repudiou a vingança de sangue, mas a preocupação com o extermínio dos grupos, já que essa prática não conhecia proporções.

Não se pode, ademais, falar em Estado nessa época, já que este não existia de forma organizada jurídica e politicamente, o que significa dizer que a aplicação das normas não se dava por órgãos estatais. Nesse contexto, também não se pode, nas sociedades primitivas, falar em preservação de direitos do homem, entendida assim como um sistema conscientemente conduzido para esse fim.[10]¹⁰

Por óbvio, em se tratando de responsabilização do menor, não é possível separá-la daquela aplicada aos adultos, no seio de um grupo, podendo-se dizer que era indistinta.

Ingressando na antiguidade clássica, cronologicamente correspondente ao início da utilização da escrita (4000 a. C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d. C.), não se pode verificar uma única conformação, porquanto várias civilizações coexistiram nesse período com características próprias, dando-se maior destaque às civilizações egípcia, grega e romana. Vejamos, primeiro, breves características de cada uma delas.

A civilização egípcia[11]¹¹, fundamentalmente teocrática[12]¹², possuía uma certa organização judiciária (existência de magistrados, tribunais e processo judicial, em regra, escrito), tendo a lei como principal fonte, reconhecendo-se que esse sistema preservava alguns direitos individuais. Pregou-se, por exemplo, no século XVI a.C., durante a XVIII dinastia, a prevalência da lei, a igualdade jurídica dos indivíduos e, como consequência, a extinção da escravidão[13]¹³.

A civilização grega[14]¹⁴ foi marcada por uma evolução paulatina, muito influenciada, obviamente, pelo pensamento filosófico de Sócrates, Platão, Ésquilo, entre tantos outros.

Nessa evolução, é possível detectar uma Grécia Heróica (cerca de 1200 a.C.), marcada por um Estado Teocrático, misturando-se Direito e religião. Já no período clássico (de 480 até 338 a.C.), “o direito passou a ser laico. Os gregos passaram a entender que as leis deviam e podiam ser criadas e revogadas pelos homens e não pelo rei, tido como mensageiro dos deuses. Com a laicização, os gregos passaram a refletir racionalmente sobre a natureza da lei e da justiça”[15]¹⁵.

Embora caracterizada pela racionalização do Direito, na Grécia clássica também não se compreendia o indivíduo em si mesmo, divorciado do contexto das cidades-estado, as *polis*. Por isso mesmo, os gregos não desenvolveram um sistema de proteção aos Direitos Humanos. Ademais, frise-se que, para pertencer ao contexto da *polis*, era exigida a condição de ser grego e livre, não podendo ser bárbaro ou escravo. A propósito da escravidão, esta era justificada como legítima na época em apreço[16]¹⁶.

A civilização romana[17]¹⁷, em seus primórdios, era profundamente marcada pela religião, podendo-se afirmar que o Direito era uma das faces da religião.

Aristocrática, em essência, a sociedade era dividida em classes sociais, compreendendo os patrícios, os clientes, os plebeus e os escravos (enxergados como bens patrimoniais). Apenas os patrícios possuíam o *jus civile*, já que eram os únicos a serem reconhecidos como cidadãos (*status civitatis*), o que significava estar ligado às cidades (*civitas*). Somente com a Lei das XII Tábuas, em 451 a.C., os plebeus conquistaram seus primeiros direitos.

Com a inauguração da República, em 510 a.C., conferiu-se grandes poderes à Magistratura, composta por todo aquele que possuía uma função administrativa, não só a judicante. Além da Magistratura (ordinária – regularmente constituída – e extraordinária – constituída em períodos excepcionais), a estrutura político-administrativa compreendia o Senado e as Assembléias do Povo, estas com poderes de deliberar, em sede de apelação, sobre a condenação à pena capital¹⁸. [18]

Em matéria de compreensão do indivíduo e de seus direitos em face do Estado, naquela época cumpre relevar que a Lei da XII Tábuas, de lavra da Magistratura extraordinária, limitou a vingança privada, marcando o início da transferência paulatina de um poder particular para um poder central.

A Roma Clássica marca-se pela queda da República e a ascensão do Principado e, posteriormente, do Dominato.

No Principado, mesmo com a perpetuação do Senado e da Magistratura, era o monarca quem concentrava a grande gama de poderes. As Assembléias Populares foram sucumbindo, até a abolição pelo imperador Tibério. Nesse período, destaca-se a sedimentação da *extraordinaria cognitio*, caracterizada por um processo escrito no qual o julgador poderia julgar e executar suas decisões, sendo estas, porém, passíveis de recurso para o *princeps*, isso com o escopo de controlar as decisões, fortalecendo,

assim, o poder imperial e não para fomentar uma revisão em favor do indivíduo. Aliás, essa característica marca o Direito Romano, valendo dizer que, ao longo de toda a sua história, não há a proteção do indivíduo em face do Estado, mas sim a busca de fortalecimento do Estado em nome de sua prosperidade e da defesa de classes privilegiadas, como os imperadores e os patrícios¹⁹. [19]

Feito um brevíssimo esboço histórico do Direito nos povos primitivos e na antiguidade, deve-se agora verificar nesse período a responsabilização do menor pela prática de delitos.

Em valoroso trabalho sobre o tema, Sérgio Shecaira nos ensina que, no estudo dos povos antigos, a responsabilidade penal dos “menores” passou por períodos de diferenciação e de indiferença em comparação à responsabilização dos adultos²⁰. [20]

No Direito babilônico, por exemplo, com o advento do Código de Hammurabi (século XVIII a.C.), houve a unificação do Direito em todo o território, mas não se conferia responsabilização diferenciada às crianças (ou adolescentes), todos respondendo sob uma mesma lógica sistêmica²¹. [21]

As primeiras indicações de diferenciação na responsabilização vieram séculos mais tarde, na Grécia – embora, antes do século VII a.C., houvesse uma responsabilidade indistinta –, com Aristóteles, que sustentou uma isenção de responsabilidade para as crianças, em especial focando a não punição por crimes culposos. Nessa linha, também Platão ao sustentar que as crianças não deveriam sofrer outras penas que não as indenizações, exceto nos casos de homicídio²². [22]

Em Roma, a já mencionada Lei das XII Tábuas (449 a.C.) distinguia entre o menor púbere e o impúbere, conferindo responsabilidade diferenciada para essas categorias, focando-se o discernimento dos atos praticados, afastando-se, por exemplo, a pena capital para os impúberes no delito de corte noturno de grãos, quando seriam punidos com uma admoestação (*verberatio*) além do ressarcimento do dano. A tendência da exclusão da pena capital para menores de idade continuou no Direito Romano, chegando, na época clássica, à distinção de três categorias, a saber, os infantes, os impúberes e os menores, não cabendo aos primeiros – considerados como tais as crianças que não sabiam falar perfeitamente – responsabilização penal²³. [23]

Com Justiniano, fixou-se em sete anos de idade a irresponsabilidade total pelos atos, não sendo castigado por uma equiparação ao *furiosus*. Havia, ainda, os impúberes – de

sete a dez anos em meio para os homens e nove anos e meio para as mulheres – que também não eram responsabilizados por serem considerados *proximus infantiae*. Contudo, acima dessas idades até os quatorze anos para os homens e doze para as mulheres, a responsabilidade dava-se de forma atenuada, mas sempre prescindindo de uma constatação da presença de malícia, sem a qual também seriam irresponsáveis²⁴[24]. É possível aqui encontrar a gênese do critério do discernimento ao qual nos referiremos várias vezes.

Nas concepções iniciais, antes de ingressar na Idade Média, deve-se firmar que o Cristianismo configura-se em marco histórico fundamental.

Não há como negar-se que a influência do Cristianismo foi de suma importância na composição de uma consciência em que o indivíduo é a razão de ser, o motivo da existência do mundo chamado racional. Criado à imagem e semelhança de Deus, o homem deveria ser o destinatário final de todas as benesses promovidas pelo Estado, e isso de forma indistinta, já que todos somos irmãos.

Essa visão colocou à prova não só a concepção da época acerca de Estado, mas as próprias convicções religiosas, marcadas por uma severa codificação grafada no Pentateuco, repleto de passagens de violência contra a pessoa.

A laicização acentuou-se, vez que postulou-se uma separação inequívoca entre o “reino dos céus” e o “reino dos homens”, marcada por máximas como “a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”.

Por mais que se negue a figura santificada do Messias, há que se reconhecer sua existência histórica marcante na defesa de uma sociedade mais humanizada, irmanada de forma a atingir a paz social tão almejada.

4.1.2. Período medieval

A Idade Média teve início na queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e durou até a queda do Império Romano do Oriente, marcada pela queda de Constantinopla em 29 de maio de 1453, quando se inicia a Idade Moderna.

Marcada por várias características e, em consequência, por vários sistemas jurídicos, pelo reconhecido obscurantismo já foi chamada de a “Idade das Trevas”, visão histórica que para alguns merece uma retificação, já que, na Idade Média, também foram detectados vários avanços para a Humanidade.

Com a derrocada do Direito Romano, no ocidente, impregna-se, inicialmente, com sistemas menos desenvolvidos, trazidos pelos povos bárbaros, invasores. No oriente, entretanto, o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que condensou o Direito Romano, vigorou por toda a Idade Média, até a invasão turca de Constantinopla.

Na Europa Ocidental, na Alta Idade Média, três sistemas jurídicos podiam ser reconhecidos: o Direito Romano, decadente; o Direito dos povos germânicos, calcado nos costumes e em ascensão; e o Direito Canônico, que surgia também com muita força²⁵. [25]

Marcava o Direito dos germânicos os “Juízos de Deus” ou ordálios, que consistiam na submissão de um suspeito a uma prova de fogo ou de água, sempre com a presunção de que Deus protegeria os inocentes. A expectativa, a exemplo do que aconteceu mais adiante na Inquisição, era de que o temor por ser culpado levasse à confissão antes de que se aplicasse a prova.

A princípio, a Igreja Católica combateu os ordálios; no entanto, ainda na Idade Média, assumiu ela essa prática no Tribunal do Santo Ofício da Inquisição ou, simplesmente, a Inquisição, criada em 1232 pelo Papa Gregório IX, perdurando até o século XIX.

Mas antes da Inquisição, como dito acima, o Direito Canônico já se encontrava em ascensão²⁶[26]. Nem todas as questões, porém, eram passíveis de aplicação pelo Direito Canônico, que em fase embrionária, tinha apenas o condão de correção interna, aplicando-se somente aos clérigos. Havia algumas questões, civis e criminais, que eram submetidas ao julgo do Direito Canônico, exercido pelo juiz eclesiástico, o bispo²⁷[27]. Admitia-se o recurso do bispo para o arcebispo e deste para o papa, que julgava por intermédio de um Supremo Tribunal, a Rota, que cedeu lugar, posteriormente às Congregações, sendo restabelecido por Pio X, em 1908, sob a forma de Supremo Tribunal da Cristandade²⁸. [28]

O sistema feudal, como se sabe, marcou a Idade Média (especificamente nos séculos X, XI e XII), e dele decorriam relações jurídicas diversas, calcadas nos costumes, mormente no que consiste à vassalagem.

Na Baixa Idade Média, o Direito sofre sensíveis transformações, iniciando o Direito Urbano, quando a noção de Estado começava a se formar. Com ele, o Direito Urbano, surge um Direito mais racional, o que repulsa os ordálios e os duelos judiciários. Nesse período, constata-se também o enfraquecimento dos senhores feudais em nome de um

fortalecimento do monarca, que passa a concentrar poderes nas mãos. “Nos séculos XVI e XVII, os reis concentravam todos os poderes em suas mãos”²⁹. [29]

Em suma, pois, na Idade Média, o Direito é marcado pela tentativa de fortalecimento da Igreja e do Estado, muito bem caracterizado pela doutrina política das “duas espadas”, a da Igreja (que capitaneava a esfera espiritual) e a do rei (que se cingia ao poder temporal), sem que houvesse, no entanto, uma preocupação específica com os Direitos Humanos, ao contrário, com exemplos de extrema afronta a tais direitos, como no caso do Santo Ofício.

Esse contexto da Idade Média, todavia, deve ficar adstrito à Europa Continental, sem macular a imagem da Inglaterra que foi a precursora, o berço dos Direitos Humanos entendidos como um sistema protetivo, embora circunscrito ao seu território, o que manifestou-se, por exemplo, na *Magna Carta Libertatum*.

No que se refere especificamente à responsabilização dos menores de idade, o critério do discernimento, iniciado, como visto acima, no Direito Romano, persistiu por todo o período medieval. Esse cenário somente será alterado com o advento das idéias iluministas, que sedimentou critérios mais objetivos para a responsabilização dos menores³⁰. [30]

Como exemplos desse período, tomemos o Direito Germânico e o Direito Canônico.

O Direito Germânico “o limite de responsabilidade estava fixado na etapa evolutiva da puberdade, quase sempre aos doze anos. É verdade que esse limite variava segundo as cidades e as assembléias das tribos, que poderiam alterá-la, segundo os costumes. Por outro lado, estando o menor sob a tutela de seu pai, era este responsável pelos danos por ele causados. As penas de morte e de mutilação também não se aplicavam, sendo cabível o castigo corporal e uma indenização compensatória, fixada pelo juiz, conforme o caso”³¹. [31]

Já no Direito Canônico, os critérios do Direito Romano foram mantidos em sua maioria, ou seja, a “menoridade continuava ser causa de isenção de pena ou de sua atenuação. Até os sete anos, o menor era considerado infante, e, como tal, gozava de total irresponsabilidade penal. Dos sete aos doze anos, para as mulheres, e dos sete aos quatorze, para os homens, a responsabilidade era duvidosa, devendo obedecer ao critério do discernimento. A partir dessa idade, a responsabilidade era reconhecida, mas a pena era aplicada de forma atenuada. No período medieval houve uma exacerbação

das punições, mesmo os menores eram punidos com graves penas corporais, como a de pendurar o corpo pelas axilas”³². [32]

Em suma, esse foi o cenário verificado na Idade Média, no que concerne à responsabilização dos menores, já havendo a possibilidade de análise do histórico da legislação brasileira, porquanto o Direito vigente na Europa aportou em terras brasileiras pelas Ordenações do Reino.

4.1.3. Os Códigos Penais brasileiros

As Ordenações do Reino, abrangendo ainda o Brasil Colônia, iniciaram-se com as Ordenações Afonsinas (1446), seguindo com as Ordenações Manuelinas (1521) e, finalmente, com as Ordenações Filipinas (1603), perdurando esta até 1830, com a entrada em vigor do Código Criminal do Império.

As Ordenações Afonsinas e Manuelinas não trouxeram inovações, mesmo porque as primeiras conviviam no Brasil com as normas do Direito Canônico. Detecta-se uma diferenciação em relação aos menores, no entanto, desde as Ordenações Filipinas. “No Título CXXXV, do Livro V, estabelecia-se ‘*Quando os menores serão punidos por delictos, que fizerem*’. Na dicção da referida lei, seriam punidos *com a pena total* aqueles que tivessem mais de vinte e menos de vinte e cinco anos (idade de maioridade plena). Se, no entanto, tivesse o autor do fato entre dezessete e vinte anos, ficaria ao arbítrio do julgador dar-lhe a pena total ou diminuí-la. Para tanto, deveria o juiz olhar o modo como foi cometido o delito, suas circunstâncias, bem como a pessoa do menor. Poderia, pois, dar a pena total ou a pena mitigada”³³. [33]

No que concerne às legislações genuinamente brasileiras, Sérgio Shecaira divide os períodos históricos em três etapas: etapa penal indiferenciada, etapa tutelar e etapa garantista. A primeira etapa caracteriza-se por “considerar os menores de idade praticamente da mesma forma que os adultos, fixando penas atenuadas e misturando nos cárceres adultos e menores na mais absoluta promiscuidade”³⁴[34]. A etapa tutelar é marcada por uma separação com a criação de instituições próprias para o acolhimento de menores, bem como pela rotulação e classificação dessas pessoas como “menores em situação irregular”, não se distinguindo, por outro lado, entre menores carecedores de assistência do Estado daqueles carecedores de correção, em face do envolvimento com a delinquência juvenil³⁵[35]. Por fim, a etapa garantista, além da manutenção da separação de instituições acolhedoras de menores, procede-se a diferenciação entre

delinqüentes juvenis e menores carecedores de assistência, substituindo-se a “situação irregular” pela “proteção integral”, priorizando-se extremamente os interesses da criança e do adolescente³⁶. [36]

No estudo dos Códigos Penais comuns, nosso propósito neste ponto, frise-se, já de início, que as Constituições anteriores à “Constituição Cidadã” de 1988, não versaram sobre a maioridade penal, razão pela qual a matéria ficava a cargo apenas da legislação infraconstitucional, *i.e.*, os Códigos Penais que tiveram diferentes concepções acerca do tema.

O Código Criminal do Império, iniciando nosso estudo evolutivo, foi inovador ao estabelecer uma idade mínima para a responsabilização do menor, fixando em seu art. 10, que não haveria responsabilização para os menores de quatorze anos, salvo se demonstrassem ter discernimento, quando seriam encaminhados para as casas de correção, pelo tempo que o juiz considerasse razoável, sem que se ultrapassasse a idade de dezessete anos. Fixou-se, assim, uma doutrina do discernimento, segundo a qual não havia a eleição de critérios objetivos puros para a responsabilização de menores, mas a permeação de avaliações psicológicas, subjetivas, a influenciar na responsabilização. Para os maiores de quatorze e menores de dezessete, poderiam ser impostas, se parecesse justo ao juiz, impor as “penas da cumplicidade”³⁷[37]. Vale assinalar que as chamadas “casas de correção” não foram construídas, o que coloca o Código Criminal do Império na etapa de responsabilidade indiferenciada, conforme a classificação acima proposta.

O Código Penal de 1890, ingressando no período republicano, fixava a possibilidade de responsabilização penal acima dos nove anos, desde que houvesse capacidade psicológica, adotando, assim, um critério biopsicológico, dentro de uma doutrina do discernimento.

Na época, previa-se, para os menores de quatorze e maiores de nove anos que agissem com discernimento, a internação em estabelecimento disciplinar industrial, que também não foi implantado pelo Poder Público, o que classifica o Código Penal de 1890 como uma legislação presente na etapa da responsabilização indiferenciada.

Um marco importante nessa evolução foi o surgimento, em 1923, do primeiro Juizado de Menores do Brasil, que teve como titular o Magistrado José Cândido Aluquerque Mello Matos, criando-se também um abrigo para menores infratores e abandonados,

com a dupla finalidade de acolhimento e de reeducação. A nova realidade ensejou várias críticas e debates, culminando, anos mais tarde, com a edição do “Código Mello Matos”, o Código de Menores trazido ao ordenamento pelo Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.

Nesse contexto, são idealizadas as Consolidações das Leis Penais de 1932 que reproduziram o art. 68 do “Código Mello Matos”, elevando a maioridade penal para quatorze anos, especificamente em seu art. 27, optando-se por um critério biológico, abandonando-se o critério do discernimento, para a definição da inimputabilidade dos menores de quatorze anos. O “Código Mello Matos” inaugurou a etapa tutelar, o que, obviamente, inebria também a legislação penal, superando a etapa indiferenciada.

Ainda nessa etapa, surge o Código Penal de 1940 que, em sua Parte Geral original, sob o esclarecimento de que não cuidaria dos imaturos “se não para declará-los inteira e irrestritamente fora do direito penal (art. 23), sujeitos apenas à pedagogia corretiva de legislação especial”³⁸[38] (sic), optou pela definição de maioridade penal, sob o critério biológico, acima dos dezoito anos de idade, também afastando, portanto, a doutrina do discernimento.

Como bem se sabe, no ano de 1969, mais precisamente em 21 de outubro daquele ano, juntamente com o atual Código Penal Militar (Decreto-lei 1001/69), surgiu no universo jurídico o novo Código Penal comum (Decreto-lei 1004/69) que teve sua entrada em vigor postergada e foi revogado antes que pudesse vigor. Por essa razão, é conhecido como “natimorto Código Penal de 1969”. Naquele diploma, inicialmente, a maioridade penal dava-se após os dezesseis anos, desde que houvesse entendimento da ilicitude da conduta (critério biopsicológico, atrelado ao critério do discernimento). No entanto, a redação do referido diploma foi alterada pela Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, retornando a uma concepção afastada do critério do discernimento, e passou a dispor que os menores de dezoito anos eram penalmente inimputáveis e sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em leis especiais (art. 33 e 34 do CP de 1969).

Em 1979, surge no cenário a Lei n. 6.697, inaugurando um novo momento da etapa tutelar. Trata-se do novo Código de Menores. “Como 1979 era o ano internacional da criança, o legislador foi acusado de ter elaborado a nova lei de afogadilho, apenas para atender à data comemorativa. O certo é que o Código de Menores de 1979 não mudava

a essência do problema, mantendo a doutrina da situação irregular, nome oriundo da Legislação Espanhola de 1918”³⁹. [39]

Ainda sob a égide do Código de Menores houve a reforma da Parte Geral do Código Penal comum, trazida pela Lei n. 7.209/84, que manteve o critério puramente biológico para a responsabilização dos menores de dezoito anos, critério atual conforme já anotado acima.

No entanto, com a constituição de 1988, inaugura-se uma nova fase, a etapa garantista que é posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). A influência para essa nova abordagem vem dos diversos instrumentos internacionais, como, além daqueles referentes aos Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude de 1985 (“Regras de Beijing”), a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil de 1990 (“Diretrizes de Riad”) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade de 1990 (“Regras de Tóquio”).

Por essa nova vertente, os interesses da criança e do adolescente ganham prioridade absoluta, deixando-se a doutrina da situação irregular para ingressar na doutrina da proteção integral. A legislação penal, deve-se notar, não foi alterada pela nova realidade trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas, sem dúvida alguma, matiza com foco na Constituição Federal – frise-se novamente, a primeira a tratar da maioria penal –, especificamente o Título VIII nos art. 227 a 229, toda e qualquer interpretação que se queira dar à aplicação das normas de responsabilização aos menores de dezoito anos.

4.2. Imputabilidade no Código Penal Militar

Ingressaremos agora no Direito Penal Militar, iniciando por uma evolução histórica sob a premissa de que a responsabilização do menor de idade não continha previsão no plano constitucional, como acima indicado.

Inicialmente, para o Direito Penal Militar no Brasil vigeram, junto com as Ordenações Filipinas os Artigos de Guerra do Conde de Lippe, que vigoraram no Brasil até final do século XIX, com o surgimento do Código Penal da Armada. Referidos Artigos surgiram

em virtude da reestruturação do Exército português, no século XVIII, levada a efeito por Wilhelm Lippe, Conde de Schaumbourg, oficial alemão alistado na Marinha Inglesa e profundo conhecedor de Artilharia, que foi convidado pelo Rei D. José I, de Portugal, para a empreitada⁴⁰[40]. Em verdade, os citados Artigos são fragmentos de um regulamento mais abrangente que surgira por ocasião da reorganização, encontrando-se os dispositivos especificamente nos Capítulos 23 e 26.

Tomemos, então, como marco do Direito Penal Militar republicano o Código Penal da Armada (Decreto 949, de 5 de novembro de 1890, substituído pelo novo diploma pelo Decreto 18, de 7 de março de 1891, assinado pelo então Ministro da Marinha, o Contra-Almirante Fortunato Foster Vidal), que pôs termo aos supracitados Artigos de Guerra, o qual aplicou-se inicialmente à Armada e, na seqüência, ao Exército Nacional (Lei n. 612, de 29-9-1899) e à Força Aérea (Dec.-Lei n. 2.961, de 20-1-1941).

No texto do Código Penal da Armada (o diploma de 1891), para a regra geral de imputabilidade, percebe-se a tendência a um critério biopsicológico, grafado no art. 23 que dispunha que os “indivíduos isentos de culpabilidade, em resultado de afectação mental, serão entregues às suas famílias ou recolhidos a hospital de alienados, se o seu estado mental o exigir para a segurança do público”.

No que se refere à maioria penal, foi ela fixada aos nove anos (critério biológico), havendo um intervalo em que adotava-se o critério biopsicológico, com enfoque na teoria do discernimento (dos nove anos aos quatorze). Contudo, como conseqüências da prática criminosa por menor de dezessete anos, apenas haveria sanções disciplinares, em estabelecimento próprio (“estabelecimentos disciplinares”), e não a aplicação das penas grafadas no Código Penal da Armada.

Ressalte-se que, como já mencionado acerca das Casas de Correção e do Estabelecimento Disciplinar Industrial, referidos no Código Criminal do Império e no primeiro Código Penal comum republicano, não se tem notícia nessa época de um estabelecimento disciplinar específico, caracterizando-se em uma fase indiferenciada no que concerne à acomodação do menor infrator da lei penal militar.

O Código Penal Militar de 1944 (Decreto-lei 6.227, de 24 de janeiro de 1944), que sucedeu ao Código Penal da Armada, definia a imputabilidade, como regra geral, sob o critério biopsicológico, ao consignar no art. 35 que é “isento de pena quem, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou

da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (sic). Previa ainda o parágrafo único que a “pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental, ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

A maioria penal, numa etapa tutelar sob égide do “Código Mello Matos” de 1927, foi fixada pelo diploma em foco acima dos dezoito anos e acolhia o critério biológico, afastando-se do critério do discernimento, nos termos do art. 36 que dispunha que os “menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Todavia, para os militares e assemelhados, havia uma equiparação a maior de dezoito anos, ainda que não tivessem atingido essa idade, conforme o parágrafo único do artigo supracitado. Essa foi uma importante distinção em relação ao Direito Penal comum, que não previa essa possibilidade de equiparação.

Ressalte-se que, nessa etapa tutelar, numa primeira fase, foram criadas instituições específicas, mas sob a doutrina da situação irregular, não diferenciando o menor infrator do abandonado.

No atual Código Penal Militar (Decreto-lei 1001, de 21 de outubro de 1969), a regra geral na definição da imputabilidade adota o critério biopsicológico, conforme dispõe o art. 48 ao versar que não é “imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado”. No parágrafo único do referido dispositivo, previu-se a semi-imputabilidade, firmando-se que se “a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada⁴¹[41], sem prejuízo do disposto no art. 113”.

A maioria penal, ainda em uma etapa tutelar marcada pelo “Código Mello Matos”, foi fixada acima dos dezesseis anos, seguindo também o critério biopsicológico para os maiores de dezesseis e menores de dezoito, adotando-se o critério do discernimento e o critério biológico para os menores de dezesseis anos, pelo disposto no art 50, *in verbis*:

“O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade”.

De acordo com a redação acima, podemos entender que os menores de dezoito, maiores de dezesseis, possuem uma semi-imputabilidade.

Essa previsão, no entanto, não se aplica aos menores de dezoito anos que sejam militares, convocados (os que se apresentam para a incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar após o prazo de licenciamento) ou alunos de estabelecimentos de ensino sob disciplina militar, porquanto são eles, a exemplo do que o Código Penal Militar de 1944 fazia para militares e assemelhados, equiparados a maiores de dezoito anos, segundo o disposto no artigo 51 do atual Código Penal Castrense.

Pela redação do citado artigo, há a impressão de que as pessoas nele citadas – o militar, os convocados etc. –, a qualquer idade, são equiparados a maior de dezoito anos, porém, em uma investigação mais amíúde, verificaremos que, sistematicamente, a equiparação aplica-se apenas aos maiores de dezesseis anos. Os autores aquém dos dezesseis anos incompletos são, na visão do CPM, inimputáveis, estando sujeitos à legislação especial (critério biológico).

A essa conclusão chegamos após a análise do art. 52 do CPM, que dispõe que os “menores de dezesseis anos, bem como os menores de dezoito e maiores de dezesseis inimputáveis, ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em legislação especial”.

Claramente, o art. 52 aplica-se tanto aos sujeitos definidos no art. 50 – civis – como àqueles definidos no art. 51 – os convocados e os alunos de estabelecimentos de ensino sob disciplina militar – firmando que o menor de dezesseis é penalmente inimputável.

Dessa forma, poderíamos assentar, de acordo com a literalidade do CPM, as seguintes regras:

1^a) para os civis autores de fatos descritos como crime no CPM: os menores de dezesseis anos são penalmente inimputáveis (adoção de critério biológico, conforme art. 50 e 52 do CPM); os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são semi-imputáveis, desde que revelem “suficiente desenvolvimento psíquico para entender o

caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento” (critério biopsicológico, adotando-se o discernimento como foco da responsabilização); os maiores de dezoito anos são penalmente imputáveis, desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral);

2^a) para os militares autores de fatos descritos como crime no CPM: os menores de dezesseis anos são penalmente inimputáveis (adoção de critério biológico, conforme art. 52 do CPM); os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são imputáveis por equiparação a maiores de dezoito anos (art. 51, “a”, do CPM, afastando-se o critério do discernimento), desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral); os maiores de dezoito anos são penalmente imputáveis, desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral);

3^a) para os convocados (os que se apresentam para a incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar após o prazo de licenciamento) autores de fatos descritos como crime no CPM: os menores de dezesseis anos são penalmente inimputáveis (adoção de critério biológico, conforme art. 52 do CPM); os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são imputáveis por equiparação a maiores de dezoito anos (art. 51, “b”, do CPM, afastando-se o critério do discernimento), desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral); os maiores de dezoito anos são penalmente imputáveis, desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou

retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral); como exemplos de menores de dezoito anos nos casos citados, podemos enumerar o voluntário para o serviço militar inicial, que pode, como lembra Jorge César de Assis, alistar-se a partir dos dezessete anos de idade, mediante autorização do Comandante de cada Força, nos termos dos art. 20 e 127 do Dec. N. 57.654, de 20 de junho de 1966, que regulamenta a Lei do Serviço Militar (Lei n. 4.375, de 17 de agosto de 1964)⁴²;

4^a) para os alunos de colégios sob disciplina militares autores de fatos descritos como crime no CPM: os menores de dezesseis anos são penalmente inimputáveis (adoção de critério biológico, conforme art. 52 do CPM); os maiores de dezesseis e menores de dezessete anos estariam sujeitos às regras da semi-imputabilidade do art. 50, ou seja, podem ser responsabilizados penalmente com uma pena reduzida, desde que revelem “suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento” (critério biopsicológico); os maiores de dezessete e menores de dezoito anos são imputáveis por equiparação a maiores de dezoito anos (art. 51, “c”, do CPM), desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral); os maiores de dezoito anos são penalmente imputáveis, desde que não sejam, no momento da ação ou da omissão, acometidos de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado que lhe suprimam a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (critério biopsicológico, expresso no art. 48 do CPM como regra geral).

Todas essas regras, no entanto, não podem contrariar a Constituição Federal de 1988, cabendo, então, averiguar se as regras de imputação por delito militar de menores de dezoito anos foram respaldadas pela atual Constituição Federal.

5. Maioridade penal na Constituição Federal de 1988 e a “teoria da recepção”

O CPM foi idealizado de acordo com as regras estabelecidas na Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional número 1, de 17 de outubro de 1969.

A referida Constituição possuía apenas um Título (Título IV) que tratava genericamente da família, da educação e da cultura, a partir do art. 175, não versando sobre a maioria penal, o que deixou o legislador ordinário a vontade para dispor sobre a matéria, tanto no Código Penal comum como no CPM.

Com a CF de 1988, no entanto, a matéria ora discutida passou a ter relevância constitucional, verificando-se que o Constituinte Originário, adotando o critério biológico, fixou a maioria penal acima dos dezoito anos.

O art. 228 da CF de 1988 dispõe que são “penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Não poderia ser diferente, já que a atual Constituição, no que concerne à proteção da criança e do adolescente adotou a “doutrina da proteção integral”, significando dizer que o “Estado brasileiro tem o *dever* de garantir as necessidades da pessoa em desenvolvimento (de até 18 anos de idade), velando pelo seu direito a vida, saúde, educação, convivência, lazer, liberdade, profissionalização e outros (art. 4º do ECA), com o objetivo de garantir o ‘desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade’ (art. 3º do ECA)”⁴³. [43]

Essa doutrina adotada pela Constituição está evidente em seu art. 227, que consigna como “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Dessa forma temos que, apesar de o CPM, em tese, permitir a responsabilização penal de menores de dezoito anos, nas regras suso comentadas, a Constituição Federal rechaça essa possibilidade no art. 228, não recepcionando os arts. 50 a 52 do Código Penal Castrense.

Com a edição de uma nova Constituição, o ideal seria que todas as legislações fossem refeitas, contudo, na prática, isso é impossível, lançando mão os aplicadores do Direito da teoria da recepção. Como bem dispõe Pedro Lenza, todas “as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. Vale dizer, *a contrario sensu*, a norma infraconstitucional que não contrariar a nova ordem será recepcionada, podendo, inclusive, adquirir uma nova ‘roupagem’”⁴⁴[44]. Está-se,

para alguns, diante de uma inconstitucionalidade superveniente, entendida como “aquela em que o ato, emanado do órgão legislativo, viola norma constitucional que ainda será editada”⁴⁵. [45]

Um grande problema da teoria da recepção está no fato de que não há uma revogação expressa, ou seja, os textos legais não recepcionados continuam intactos, dificultando a detecção do fenômeno. Dessa forma, há casos em que a não recepção é clara, inconteste, enquanto outros há em que a concepção pessoal do ator do Direito comandará a conclusão pela recepção ou não de um dispositivo. Obviamente, a maioria penal encontra-se no primeiro grupo, dada a clareza já evidenciada do art. 228 da Constituição Federal.

Em conclusão deste tópico, portanto, os menores de dezoito anos, malgrado as previsões dos art. 50 a 52 do CPM, não estão sujeitos à repressão penal militar, mas estarão “sujeitos às normas da legislação especial”, conforme dispõe o final do art. 228 da CF⁴⁶[46]. Observe-se que essa expressão – “sujeitos às normas da legislação especial” –, com fulcro na análise da tradição legislativa brasileira – mormente partindo-se da análise dos dispositivos dos vários Códigos Penais acima discutidos – não se refere, como alguns entendem, a uma “legislação penal especial” – no qual incluiríamos o CPM –, mas sim a uma legislação menorista, específica para crianças e adolescentes, ou seja, hoje o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). É dizer: o menor de dezoito anos que pratique conduta tipificada no Código Penal Militar, não praticará crime, mas ato infracional, como abaixo esmiuçaremos.

6. Antecipação da capacidade civil e maioria penal

Como bem se sabe, o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de janeiro de 2002) reduziu a idade para o início da capacidade de vinte e um para dezoito anos, prevendo, ademais, situações em que essa idade pode ser antecipada.

O art. 5º do referido Código, dispõe, que a “menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”, versando ainda no inciso III do parágrafo único que a incapacidade cessará pelo “exercício de emprego público efetivo”.

A indagação que surge, pois, é a seguinte: como o exercício de emprego público efetivo antecipa a capacidade civil, não anteciparia também a maioria penal?

Por óbvio, a resposta é em sentido negativo e a fundamentação é bem simples: não há permissibilidade constitucional para tal conclusão.

Como visto, o art. 228 da CF dispõe de forma clara e intransigente acerca da maioria penal, sendo inconstitucional qualquer ilação em sentido oposto.

7. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

7.1. Criança ou adolescente

O Estatuto, como sabido, aplica-se à criança e ao adolescente, o que leva à necessidade, para que se tenha uma compreensão científica da matéria, de firmar a distinção entre essas duas categorias, sendo clara a disposição do art. 2º do ECA, ao considerar criança, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Para a aferição da transição da infância para a adolescência – bem como da adolescência para a maioria penal –, embora haja divergência jurisprudencial, a corrente dominante entende que se deve considerar o primeiro instante do dia do aniversário em que seja completado o décimo segundo aniversário – ou décimo oitavo, no caso da maioria penal. Caso a pessoa tenha nascido em 29 de fevereiro, considerar-se-á o primeiro dia subsequente, ou seja, 1º de março, desde que o ano também não seja bissexto (art. 3º da Lei nº 810, de 6-9-1949⁴⁷[47], que define o ano civil).⁴⁸[48]

7.2. Configuração de ato infracional

Como já aduzimos, o menor de dezoito anos não pratica crime militar, mas ato infracional, sendo importante verificar a sua definição legal no ECA, o que encontraremos no art. 103 do referido Estatuto que considera “ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Como se vê, todo fato descrito como contravenção praticado por criança ou adolescente é um ato infracional. Assim também o é o fato descrito como crime, e o Estatuto não limita tal previsão ao crime comum, abrangendo, pois, o crime eleitoral, o crime de trânsito e, obviamente, o crime militar.

Sérgio Salomão Shecaira, em sentido oposto, defende que o adolescente comete crime, apenas não estando sujeito a penas. Nesse sentido, postula o autor que por “esse entendimento, os menores de dezoito anos podem cometer crimes não se sujeitando às sanções penais correspondentes por inimputabilidade decorrente de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento”⁴⁹[49]. Por essa razão o autor sustenta existir

um “Direito Penal Juvenil”, que deve ser permeado pelos princípios e conseqüentes garantias do Direito Penal, com algumas adaptações em favor da condição especial de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, dispõe:

“Pode parecer um paradoxo que a responsabilização do adolescente seja sustentada exatamente com base no instrumental do Direito Penal, quando é ele próprio que nega a capacidade penal, ou seja, a imputabilidade. Mas se não for esse o instrumental teórico – potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa –, como se justificaria a atribuição de responsabilidade ao autor de ato infracional, quando a própria Constituição assevera serem os adolescentes pessoas com dignidade própria com diversos direitos assegurados com prioridade absoluta sobre os demais?”⁵⁰[50]

Com efeito, embora alguns possam não concordar com a designação Direito Penal Juvenil (ou Direito Penal Militar Juvenil, como o título deste trabalho indaga) – e isso o próprio autor considera possível de ocorrer – inequivocamente, deve-se assemelhar a ocorrência do ato infracional à do crime, ingressando não só pela tipicidade, mas, também, pela antijuridicidade e pela culpabilidade, claro, sem avaliar a imputabilidade, afastada por presunção *juris et de jure*.

Note-se que a tendência em levar a discussão de mérito a seu termo, ainda que presente uma causa excludente da culpabilidade ou extintiva da punibilidade é recorrente na doutrina e na jurisprudência, chegando mesmo a influenciar a própria produção legislativa.

Doutrinariamente, à guisa de exemplo, tome-se trabalho detido do Eminentíssimo Ministro Carlos Alberto Marques Soares, acerca da extinção da punibilidade pela prescrição e o direito do acusado em obter uma sentença de mérito. Sacramento o autor que o “acusado tem o direito de exigir que a Justiça se pronuncie sobre o mérito do processo, proclamando sua inocência, se for o caso, mesmo quando se achar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva”⁵¹[51]. Guardadas as proporções, se o jurisdicionado, seja ele adulto ou adolescente, tem o direito ao reconhecimento de questão de mérito em face de uma causa extintiva da punibilidade, também o terá em face de uma causa excludente da culpabilidade.

No plano legislativo, essa visão se sedimenta e nada melhor para exemplificar que a recente alteração no procedimento do Tribunal do Júri, trazida pela Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, vedando a absolvição sumária, nos termos do parágrafo único do art.

415 do Código de Processo Penal, em casos de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Código Penal – não se referindo neste caso, obviamente, aos menores de dezoito anos, mas podendo o exemplo indicar o que se pretende construir – salvo quando esta for a única tese defensiva. Explica-se essa previsão no fato de que, ainda que acometido por uma doença mental que o conduza a uma incapacidade de discernimento e impossibilite a condução de atos com base nessa compreensão, o cidadão tem direito a um decreto absolutório que avalie o cerne do injusto típico (fato típico e antijurídico).

Com efeito, a visão de Sérgio Shecaira é muito perspicaz e deve ser abarcada pela compreensão atual da doutrina. É notório que com a disposição do art. 103, o ECA também consagra para o ato infracional o princípio da legalidade, podendo-se dizer que não há ato infracional sem que haja, por lei, prévia definição do fato como crime ou contravenção⁵²[52]. Como reflexo inequívoco, surge a impossibilidade de ato infracional em face de uma excludente de antijuridicidade, já que o conceito analítico de crime importa em constatação, também, da ilicitude do ato praticado. Não há ato infracional, por exemplo, na lesão corporal praticada por adolescente militar que, em repulsa a uma invasão do quartel, dentro de uma proporcionalidade, agride o invasor.

No que concerne à culpabilidade, como o Código Penal Militar possui uma estrutura impulsionada pelo causalismo neoclássico, deve ela ser considerada elemento integrante do conceito analítico de crime, donde se conclui que a excludente de culpabilidade, ao excluir o crime, também excluirá o ato infracional. Assim, por exemplo, um adolescente que pratique um determinado fato típico de crime comum, ignorando, de forma invencível, elementar do tipo penal, não poderá ser responsabilizado pelo ato infracional em razão de estar afastada a tipicidade por ausência do dolo ou de culpa, não havendo que se falar em conduta penalmente relevante (art. 20, *caput*, do CP). Contudo, na mesma situação, ignorando, de forma plenamente escusável, situação de fato que compõe o delito, um militar adolescente também não poderá ser responsabilizado pelo ato infracional, porém, terá incidido em erro de fato essencial, que embora também afaste o dolo e a culpa, constitui-se em uma causa de exclusão da culpabilidade (art. 36, *caput*, do CPM), tendo por consequência não a isenção de pena como diz o texto do Código Penal Militar, mas a não imposição de medida sócioeducativa.

Por essa construção, o art. 189 do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretado de forma mais ampla, não se detendo, como faz supor, apenas na existência do fato ou na concorrência do adolescente para ele.

Advirta-se, no entanto, que a constatação de excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade deve ser invocada e reconhecida pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Excepciona-se a essa regra a situação de patente excludente quando o responsável pela polícia judiciária militar poderia optar pela instauração de IPM ao invés da autuação em flagrante delito, conforme comandam os art. 243 e 244 do CPPM⁵³[53]. Contudo, levando-se em consideração que o adolescente não comete crime, a instauração de feito de polícia judiciária militar seria incorreta, devendo-se fazer o registro do ato infracional – pela autoridade competente que abaixo indicaremos – e do fato em procedimento *interna corporis*, a exemplo da sindicância, para que sejam avaliados eventuais resíduos administrativos.

No que se refere ao momento do ato infracional, deve-se adotar a teoria da atividade, ou seja, considera-se o ato infracional praticado no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento da consumação. Assim, se um adolescente com dezoito anos incompletos atira em alguém no dia anterior ao do seu aniversário, ainda que a vítima faleça no dia seguinte, tomaremos o momento da ação como aquele que definirá a responsabilidade do agente, sendo portanto, ato praticado por adolescente, isto é, um ato infracional.

Firmemos, ainda neste tópico, que para a nossa construção, a criança estaria fora das hipóteses definidas no Código Penal Militar, que impossibilita a imputação de responsabilidade penal ao menor de dezesseis anos (art. 52 do CPM).

Todavia, não é inútil discorrer brevemente acerca da criança e a prática de ato infracional.

A criança também comete ato infracional, devendo-se, no entanto, observar certas restrições, das quais as duas são principais: as vedações de apreensão^[54]⁵⁴ e de aplicação de medidas socioeducativas (art. 112 do ECA), sendo-lhe aplicadas apenas as medidas protetivas (art. 105 do ECA). Dessa forma, não haveria responsabilização para a criança, responsabilização aqui encarada como medida de reforma, donde se conclui estar ela à margem do Direito Penal Juvenil (comum ou militar).

7.3. Conseqüência da prática de ato infracional

7.3.1. Criança

A prática de ato infracional por menor de 18 anos, coloca-o em situação de risco (art. 98 do ECA), cabendo a aplicação de medidas protetivas para crianças (art. 105 do ECA).

Nos termos do art. 101 do ECA, segundo o qual sempre que os direitos reconhecidos no Estatuto forem ameaçados ou violados seja, por exemplo, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, ou mesmo em razão da conduta ou do adolescente, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras que entender adequadas, as medidas protetivas, a saber, o encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade, a orientação, apoio e acompanhamento temporários, a matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental, a inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente, a requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, o abrigo em entidade e a colocação em família substituta.

Todas essas medidas podem ser aplicadas pelo Conselho Tutelar ou pelo Juízo da Infância e Juventude, com exceção da colocação em família substituta que somente pode ser aplicada pela autoridade judiciária.

Verifica-se também que a aplicação não é obrigatória (“poderá determinar”, diz o artigo em comento) e que o rol acima não é exaustivo (“dentre outras”, também dispõe a norma), podendo o juízo da infância e da juventude admitir outras medidas que não as enumeradas no ECA.

Deve-se lembrar que essas medidas, para a criança, podem ser substituídas, a critério do juízo a qualquer tempo, nos termos do art. 99 do ECA.

Outra importante observação está na previsão do art. 100 do ECA que determina que na “aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

7.3.2. Adolescente

Conformação diversa temos para os adolescentes, onde estaria o Direito Penal Juvenil (comum ou militar). Para eles as medidas protetivas podem ser aplicadas isoladamente, ou cumulativamente com medidas as socioeducativas do art. 112, que se constituem em um rol exaustivo. Assim, verificada a prática de ato infracional, a autoridade

competente poderá aplicar ao adolescente a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a inserção em regime de semi-liberdade e a internação em estabelecimento educacional, além, segundo o art. em foco, de qualquer das medidas protetivas do art. 101, exceto o abrigo em entidade e a colocação em família substituta.

As medidas socioeducativas, pela visão jurisprudencial dominante, somente podem ser aplicadas pela Autoridade Judiciária, sob o crivo do contraditório⁵⁵. [55]

Por força do art. 113, deve-se verificar que também há a necessidade de se avaliar a aplicação de medida sócio-educativa nos termos do art. 100 do ECA, ou seja, na “aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

A regra de substituição a qualquer tempo, por força do art. 113 do ECA, também é aplicável reflexamente às medidas socioeducativas.

7.4. Punição disciplinar e sua validade em substituição de medidas protetivas ou socioeducativas

Como se viu, o art. 99 permite que as medidas protetivas sejam substituídas, sem estabelecer parâmetros dessa substituição. Por força do art. 113, também podem ser substituídas as medidas socioeducativas.

Ademais, tanto o art. 101 como o art. 112, facultam a aplicação de medidas protetivas ou socioeducativas, não havendo a obrigatoriedade de sua aplicação.

Por fim, as medidas protetivas estão em um rol exemplificativo (...*dentre outras*...), deixando aberto o rol à prudente avaliação do juízo da infância e juventude.

Pelo acima disposto, conclui-se perfeitamente possível que o juízo da infância e da juventude entenda que uma sanção disciplinar, aplicada ao adolescente militar nos parâmetros do Regulamento Disciplinar de sua Corporação, tenha cumprido a função almejada pelas medidas do ECA – mormente atendendo-se às necessidades pedagógicas e em favor de uma medida que fortaleça os vínculos familiares e comunitários, alinhando-se à doutrina da proteção integral que orienta o sistema normativo constitucional e infraconstitucional – deixando, assim, de aplicá-las.

7.5. Apreensão

Por defendemos que o menor de dezoito anos não comete crime militar, mas ato infracional, devemos aceitar a impossibilidade de prisão em flagrante delito, sendo possível, no entanto, a apreensão em flagrante de ato infracional.

Frise-se, mais uma vez, que somente adolescente pode ser apreendido, não estando a criança sujeita a essa medida. Todavia, devem-se ressaltar vozes em sentido oposto a de Jorge César de Assis, para quem as “crianças flagradas na prática de ato infracional podem, por óbvio ser apreendidas pela polícia, civil ou militar. Entretanto, ao invés de irem para a Delegacia de Polícia, deverão ser levadas para o Conselho Tutelar”⁵⁶[56]. Essa também parece ser a visão de Sérgio Shecaira, ao dispor que “havendo *apreensão* da criança (termo utilizado para designar a prisão quando o fato é praticado por aquele que ainda não tem doze anos completos), ela deve ser encaminhada imediatamente para o Conselho Tutelar ou, na falta deste, para a autoridade judiciária competente”⁵⁷. [57]

A apreensão de adolescente, nos termos do art. 106 do ECA, somente pode-se dar por flagrante de ato infracional ou por ordem judicial fundamentada, consagrando-se, assim, um paralelismo com o inciso LXI do art. 5º da CF. A apreensão fora dessas situações configurará delito capitulado no art. 230 do ECA⁵⁸. [58]

As hipóteses de flagrante, cumpre indicar, são as mesmas da legislação processual (comum ou militar) e, uma vez não verificadas, impedem a apreensão, salvo por ordem judicial, quando então a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público apenas o relatório das investigações e demais documentos (art. 177 do ECA).

Necessário lembrar que, no ato da apreensão, alguns pontos devem ser observados, a exemplo da prestação de informação ao adolescente da identificação do responsável pela apreensão e de seus direitos, bem como a imediata comunicação, pela autoridade policial (Delegado de Polícia), à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Também carece firmar que o art. 174 do ECA impõe à autoridade policial a imediata liberação do apreendido em face do comparecimento de qualquer dos pais, ou de um responsável, desde que firmado compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público ou, na impossibilidade, no primeiro dia útil imediato. Excetuam-se à imposição de imediata liberação, os casos em que pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

Neste caso, no entanto, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência (art. 175 do ECA).

7.6. Registro e primeira apuração de ato infracional

A atribuição para o registro do ato infracional e sua apuração primeira será, como acima já inferido, do Delegado de Polícia. Nesse sentido, dispõe o art. 172 do ECA que o “adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente”.

Ao grafar “autoridade policial” o Estatuto, em sintonia com o art. 144, § 4º, da CF, refere-se à autoridade policial comum, ou seja, o Delegado de Polícia.

7.7. Local de internação

Como visto, a internação é uma medida sócio-educativa, aliás, a mais severa das enumeradas no art. 112 do ECA, e consiste, nos termos do art. 121 do mesmo Estatuto, em medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Por essa razão, apesar de não comportar prazo determinado, deve ter sua manutenção reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses e nunca poderá exceder o prazo de três anos. Admite-se a internação provisória, antes da sentença, podendo ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias (art. 108 do ECA). Somente pode ser aplicada, nos termos do art. 122 do ECA, quando tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

Diante dessas previsões, uma pergunta naturalmente surge: em impondo o juízo da infância e da juventude a medida de internação de militar adolescente, poderá ele ser destinado às instituições próprias para a internação de adolescentes, como a “Fundação Casa” no Estado de São Paulo?

Obviamente, se houver possibilidade de proteção da integridade física do adolescente, é perfeitamente possível sua internação em estabelecimento destinado genericamente a adolescentes infratores.

Contudo, na prática, a realidade sugere que um militar adolescente em um tal estabelecimento não teria sua integridade física respeitada pelos demais internos, mesmo que a vigilância fosse acirrada.

Dessa forma, duas seriam as soluções: 1) internar o militar adolescente em presídio militar, separado dos presos por infrações penais, tomando-se por base a possibilidade já admitida pela jurisprudência na falta de estabelecimento adequado⁵⁹[59]; 2) internar o militar em estabelecimento militar (quartel), com especial recomendação para o Comando da Unidade acerca dos cuidados necessários à internação.

8. Os novos rumos

Como bem se sabe, há uma grande comoção popular clamando pelo combate à delinquência juvenil, postulando-se com muita freqüência a redução da maioria penal na Constituição Federal, tornando-se uma verdadeira bandeira de alguns seguimentos sociais. Defende-se, então, uma alteração constitucional em nome dos anseios populares. Muito pertinente se faz, nesse contexto, lembrar as palavras de Thomas Mann, que há muito já nos alertou de que “(...) Para o adepto das luzes, o termo e o conceito ‘povo’ sempre conservam qualquer traço de arcaico, inspirador de apreensões, e ele sabe que basta apostrofar a multidão de ‘povo’ para induzi-la à maldade reacionária. Quanta coisa não aconteceu diante de nossos olhos, em nome do povo, e que em nome de Deus, da Humanidade ou do Direito nunca se deveria ter consumado!”⁶⁰[60]. Assim, nem sempre a vontade popular aponta para o que o Direito entende como adequado, em especial tendo por foco a dignidade da pessoa humana, como sabemos, fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.

Esse clamor, no entanto e até não poderia ser diferente, alcançou o Congresso Nacional, e foi versada em Propostas de Emenda Constitucional (PEC) no Senado Federal, em espécie, as PEC Nº 18 e 20 de 1999, respectivamente de autoria dos Senadores Romero Jucá e José Roberto Arruda.

A primeira delas propunha o acréscimo de um parágrafo único ao art. 228, que disporia que nos “casos de crimes contra a vida ou o patrimônio, cometidos com violência, ou

grave ameaça à pessoa, são penalmente inimputáveis apenas os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

A PEC 20/99 propunha uma alteração do *caput* do art. 228, consignando que são “penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial”, porém, condicionando essa imputabilidade, por um parágrafo único à constatação de um “amadurecimento intelectual e emocional, na forma da lei”.

As propostas indicadas, todavia, no trâmite pela Comissão de Constituição Justiça e Cidadania (CCJC) do Senado Federal, ganharam um substitutivo do Relator, o Senador Demóstenes Torres, segundo o qual são inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial, estabelecendo, no entanto, algumas regras específicas para os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos. Em primeiro lugar, são penalmente imputáveis somente quando, ao tempo da ação ou omissão, tiverem plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, atestada por laudo técnico, elaborado por junta nomeada pelo juiz. A pena dessas pessoas deverá ser cumprida em local distinto dos presos maiores de dezoito anos. Finalmente, uma vez condenados, terão a pena substituída por uma das medidas socioeducativas, previstas em lei, desde que não estejam incurso em nenhum dos crimes referidos no inciso XLIII, do art. 5º, desta Constituição.

Pela redação final, portanto, embora a maioria penal tenha sido reduzida para os dezesseis anos, a consequência será a aplicação de medida sócio-educativa, exceto em crimes hediondos ou a eles equiparados pela Constituição Federal⁶¹[61]. Como bem se sabe, a Comissão de Constituição Justiça e Cidadania do Senado Federal, no dia 26ABR07, aprovou, por maioria (12 votos a favor e 10 votos contra) a proposta em sua redação final.

Embora o processo legislativo ainda não esteja findo, é pertinente averiguar, em caso de alteração do art. 228 da CF, quais serão os reflexos na legislação penal militar.

8.2. A aprovação da PEC 20/99 e sua influência no Código Penal Militar

8.2.1. Art. 228 da Constituição Federal: núcleo rígido da Lei Maior

Não poderíamos, antes de avaliar o impacto da alteração constitucional, de evidenciar nossa posição acerca da patente inconstitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional.

Preliminarmente, tenha-se em mente que as emendas constitucionais podem sim padecer perante o controle concentrado ou difuso de constitucionalidade. Nessa linha, propugna unanimemente a doutrina, a exemplo de Alexandre de Moraes que, após enumerar o dispositivo legal limitador para o Poder Constituinte derivado, expõe que é “plenamente possível a incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar-se sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para a alteração constitucional.”⁶²[62]

Pelo § 4º do art. 60 da CF, especialmente no inciso IV, a Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais, sequer podem ser objeto de deliberação, ou seja, devem ser fulminadas ainda quando propostas de alteração constitucional. Trata-se de matéria integrante do núcleo rígido da Constituição Federal, cláusulas pétreas, que não podem ser alteradas sem um cisma que inaugure uma nova ordem constitucional. Tal núcleo intangível constitui um limite material à alteração constitucional pelo Poder Constituinte Derivado, intitulado por Canotilho como limites absolutos⁶³. [63]

Tais limites, note-se, sequer podem ser aviltados de forma reflexa, com a alteração dos limites constitucionais, para, após, alterar-se aquilo que se pretende. Nesse sentido, o mestre português dispõe que a “existência de *limites absolutos* é, porém, contestada por alguns autores, com base na possibilidade de o legislador de revisão poder sempre ultrapassar esses limites mediante a técnica da *dupla revisão*. Num primeiro momento, a revisão incidiria sobre as próprias normas de revisão, eliminando ou alterando esses limites; num segundo momento, a revisão far-se-ia de acordo com as leis constitucionais que alteraram as normas de revisão. Desta forma, as disposições consideradas intangíveis pela constituição adquiririam um caráter mutável, em virtude da eliminação da cláusula de intangibilidade operada pela revisão constitucional”⁶⁴[64]. Mais adiante, Canotilho sentencia que “a supressão de limites de *revisão através da revisão* pode ser um sério indício de **fraude à Constituição**”⁶⁵. [65]

Mas a maioria penal, que não está no cardápio do artigo 5º da Constituição Federal – está no art. 228 da CF – configura-se em um direito individual, portanto, cláusula pétrea?

A resposta pode ser extraída da própria Constituição Federal, em especial do § 2º do art. 5º, que dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Como evidente, o art. 5º não esgota a carta de direitos individuais, encontrando-se eles também diluídos por todo texto constitucional. A esse respeito, lapidar a construção de Flávia Piovesan, sobre uma força expansiva dos direitos fundamentais, portanto também os individuais:

“A Constituição vem a concretizar, deste modo, a concepção de que ‘os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sócio-políticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si’, no dizer de Antonio Enrique Pérez Luño. Os direitos e garantias fundamentais são assim dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico”⁶⁶. [66]

O § 2º do art. 5º da Constituição, traz essa força expansiva de forma expressa, de modo que se pode concluir que a fixação da maioria penal acima dos dezoito anos é sim norma constitucional de direito fundamental do indivíduo que se encontre aquém dessa idade, tudo em alinhamento à adoção da *doutrina da proteção integral*.

Ressalte-se, por fim, que essa visão possui vozes em sentido contrário, aliás, de renomados doutrinadores. Por todos, tome-se Guilherme Nucci que dispõe:

“Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias humanas fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também *cláusulas pétreas*, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, § 4º, IV, CF, pois sabe-se que há ‘direitos e garantias de conteúdo material’ e ‘direitos e garantias de conteúdo formal’ (...).

Por isso, a maioria penal, além de não ser um direito fundamental em sentido material (não há notícia de reconhecimento global nesse prisma), também não o é em sentido formal. Assim, não há qualquer impedimento para a emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 228 da Constituição”⁶⁷. [67]

8.2.2. Reflexos da aprovação

Em que pese nosso inconformismo, tudo indica que a alteração constitucional está a caminho, e vem a “galope”, sendo conveniente, buscando uma maior utilidade do presente trabalho, a averiguação do impacto da alteração no Direito Penal Militar.

De pronto, duas possibilidades podem ser admitidas, **alternativamente**: 1) a alteração constitucional trará uma norma de eficácia plena e passará a valer imediatamente, sendo novamente aplicados os art. 50 e 51, apenas para os maiores de 16 anos (os menores, mesmo pela equiparação estarão fora), em uma espécie de reprivatização constitucional da norma penal militar; 2) a alteração constitucional trará uma norma de eficácia limitada, de princípio institutivo, que, em nome do princípio da legalidade irá requerer uma lei ordinária para sua alteração nos Códigos Penais.

Passemos à avaliação dessas possibilidades.

8.2.2.1. Norma constitucional de eficácia plena e a reprivatização dos art. 50 a 52 do CPM

A reprivatização consiste na “ressurreição” de uma norma outrora revogada ou, no plano constitucional, não recepcionada.

Majoritariamente, afasta-se a reprivatização por não ser admitida no Direito brasileiro, exceto em raríssimos casos em que haja comando expresso nesse sentido. Oportuno, para tornar a explanação mais clara, citar julgado do Pretório Excelso colhido por Pedro Lenza:

“Ementa: Agravo regimental – Não tem razão o agravante. A recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta, não havendo que pretender-se a ocorrência de efeito reprivatatório, porque o nosso sistema jurídico, salvo disposição em contrário, não admite a reprivatização (artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Agravo a que se nega provimento’ (AGRAG-235800/RS; Rel. Ministro Moreira Alves; DJ 25.06.1999, p. 16, Ement. Vol. 01956-13, p. 02660 – 1ª Turma – original sem grifos)”⁶⁸[68]

Percebe-se, portanto, que nem o Poder Constituinte Originário tem a capacidade de reprivatizar tacitamente uma norma outrora revogada, muito menos sendo tal possibilidade conferida ao Poder Constituinte Derivado. Note-se, ademais, que o texto

final da PEC aprovado pela CCJC do Senado, não menciona expressamente que os art. 50 e 51 do CPM, não havendo que se falar, portanto, em reprimendação.

8.2.2.2. Norma constitucional de eficácia limitada e a necessidade de inovação legislativa infraconstitucional para a imputabilidade plena e a reprimendação dos art. 50 a 52 do CPM

Afastada a possibilidade de reprimendação, a única via possível seria compreender a nova disposição do art. 228 da CF como uma norma de eficácia limitada, carecedora de instrumento infraconstitucional para poder vigorar.

Como já postulado, o ato infracional está atrelado ao princípio da legalidade e muito mais o está o crime. Assim comanda o inciso XXXIX do art. 5º da CF, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Note-se que tal princípio também vincula a imposição de pena.

Significa dizer, por outras palavras, que toda espécie de responsabilização penal, seja pela configuração de um crime, seja pela alteração das regras de imposição de pena, está condicionada à prévia existência de uma lei, não bastando a abstrata previsão constitucional.

9. Conclusão

Por tudo o que foi aduzido, sem a pretensão de tornar o assunto esgotado, podemos traçar algumas conclusões gerais, na seguinte conformidade:

- 1) pelo atual ordenamento, o menor de 18 anos não comete crime militar, mas ato infracional;
- 2) o registro do ato infracional cabe ao Delegado de Polícia Civil;
- 3) a não responsabilização penal não significa impunidade, pois haverá, para o militar adolescente, a responsabilização disciplinar e possível responsabilização pela justiça menorista à luz de um Direito Penal Militar Juvenil;
- 4) a justiça menorista poderá deixar de aplicar medidas protetivas ou socioeducativas, por entendê-las substituídas pela sanção disciplinar;
- 5) em havendo a aplicação de internação, deve-se buscar estabelecimento adequado, e um quartel seria ideal para esse fim, inclusive com as atividades necessárias durante a internação (desporto, por exemplo);
- 6) os novos rumos, postulando-se a redução da maioria penal, são inconstitucionais;

7) se mesmo assim vingar a alteração, em nosso entendimento, deveria haver alteração legislativa, em observância ao Princípio da Reserva Legal.

¹1. Texto produzido por ocasião da participação do autor no VIII Seminário de Direito Militar, promovido pelo do Superior Tribunal Militar, em 9 de outubro de 2008.

²2. Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo, servindo na Corregedoria da Instituição. Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público. Especializando em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

³3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2004. p. 522.

⁴4. Embora discordemos dessa visão, não nos prestaremos à discussão detida sobre o assunto, porquanto fugiríamos extremamente do tema proposto. Acerca do tema, vide NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcello. Apontamentos de Direito Penal Militar. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 1, p. 114.

⁵5. Também não há visão unânime acerca da possibilidade ou não de o civil praticar crime militar na esfera estadual. Na visão majoritária, o civil não pratica crime militar nessa esfera, visão com a qual concordamos. Contudo, há construção muito sólida em sentido contrário, em que se postula que o civil comete o delito militar, porém, deveria ser julgado pela Justiça Comum. Defendendo o cometimento de crime militar por civil na esfera estadual, por todos, vide PRADO, Milton Morassi do. *O crime militar praticado pelo civil contra PM e o jus puniendi do Estado*. Disponível em www.jusmilitaris.com.br, em 06 de outubro de 2008.

⁶6. BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 368.

⁷7. Não é pacífica a visão de que para o adolescente no CP adotou-se puramente o critério biológico e sim o biopsicológico. Nesse sentido, Sérgio Shecaira ao dispor que “a fixação da idade de 18 anos, com base em critérios biopsicológicos, acabou por inibir a discussão sobre a responsabilidade dos atos praticados por aqueles que estejam abaixo da idade limite da imputabilidade”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008, p. 155.

⁸8. Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. *O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição*. São Paulo: Manole, 2004, p. 13.

⁹9. Idem. p. 13 e 14.

¹⁰10. Idem. p. 15.

¹¹11. “A história do Egito faraônico compreende três grandes épocas tradicionalmente chamadas “Antigo Império” (da III à VI dinastia: XXVIII-XXIII sac. a.C.), “Médio Império” (cujo centro é a XII dinastia: primeiro quarto do II milênio antes de Cristo) e “Novo Império” (XVIII-XX dinastias: séculos XVI-XI a.C.)”. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Apud LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. Cit. p. 16.

¹²12. “Todo poder pertencia ao rei, tido como descendente dos deuses e representante deles na Terra”. LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. Cit. p. 16.

¹³13. LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. Cit. p. 18.

¹⁴14. A evolução jurídica da civilização grega é a seguinte: “A) civilização cretense (do século XX ao XV a.C.), depois micênica (séculos XVI a XII a. C.) destruída pelos invasores dórios; na falta de documentos escritos, as instituições e o direito dessa época são muito mal conhecidos. b) A época dos clãs (...), comunidades clânicas, depois aldeãs, assentando num parentesco real ou fictício; o rei (...), chefe do clã, é aí ao mesmo tempo juiz e sacerdote, presidindo o culto familiar. O sistema assenta numa forte solidariedade activa e passiva dos membros do clã. Encontra-se descrito na Odisséia de Homero. c) A formação das cidades... pelo agrupamento dos clãs, primeiro sob a autoridade do chefe de um deles. As cidades conheceram formas políticas variadas; umas permaneceram monocráticas (ex. Macedônia); noutras, a aristocracia exerceu o poder; noutras ainda, sobretudo nas cidades comerciais, um tirano conseguiu impor-se, quer pela escolha dos seus concidadãos, quer por um golpe de força. [...] d) Nalgumas cidades estabeleceu-se, entre os séculos VIII e VI, um regime democrático; o mais conhecido é o de Atenas, graças aos escritos dos oradores e dos filósofos. As leis de Drácon, de 621, põem fim à solidariedade familiar e tornam obrigatório o recurso aos tribunais para os conflitos entre os clãs [...]. e) No fim do século IV a.C., Alexandre unificou a Grécia, a Ásia Anterior e o Egito sob sua autoridade. O império que fundou não conseguiu, todavia, manter-se; substituem-se nele múltiplas monarquias, nas quais, a partir do século III, o poder é exercido por reis absolutos [...]”. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Apud LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. Cit. p. 18 e 19.

¹⁵15. LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. Cit. p. 20.

¹⁶16. Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. Cit. p. 21.

¹⁷17. A civilização romana, sob o enfoque jurídico, compreende os seguintes períodos: “I – do Direito Romano arcaico (época da realeza – de 753 a 510 a. C.); II – do Direito Romano pré-clássico (época da República – de 510 a 27 a.C.); III – do Direito Romano clássico, que se subdivide em época do Principado (de 27 a 284 d.C.) e na época do Dominato (de 284 a 565 d.C.); e IV – do Direito Justiniano ou Direito Bizantino, de Justiniano até a queda de Constantinopla (de 565 a 1453 d.C.)”. LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. Cit. p. 25.

¹⁸18. Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. Cit. p. 26 e 27.

¹⁹19. Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. Ob. Cit. p. 29 a 31.

- ²⁰20. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008, p. 21.
- ²¹21. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Ob. cit.*, p. 22.
- ²²22. *Idem*, *ibidem*.
- ²³23. *Idem*, p. 23.
- ²⁴24. *Idem*, p. 23-4.
- ²⁵25. Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. *Ob. Cit.* p. 33.
- ²⁶26. Em verdade, o Direito Canônico passou por três fases: “a fase da ascensão entre os séculos III a XI; o apogeu, entre os séculos XII e XIII; e a decadência a partir do século XIV, sendo acentuada no século XVI, com a Reforma e a laicização dos Estados”. Cf. LIMA, Carolina Alves de Souza. *Ob. Cit.* p. 35.
- ²⁷27. Cf. Carolina Alves de Souza. *Ob. Cit.* p. 34 a 37.
- ²⁸28. Cf. GILISSEN, John. *Apud* LIMA, Carolina Alves de Souza. *Ob. Cit.* p. 36.
- ²⁹29. LIMA, Carolina Alves de Souza. *Ob. Cit.* p. 39.
- ³⁰30. *Idem*, p. 24-5.
- ³¹31. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Ob. cit.*, p. 25.
- ³²32. SHECAIRA, Sérgio Salomão, p. 25.
- ³³33. SHECAIRA, Sérgio Salomão, p. 26-7.
- ³⁴34. *Idem*, p. 28.
- ³⁵35. *Idem*, p. 34.
- ³⁶36. *Idem*, p. 43.
- ³⁷37. SHECAIRA, Sérgio Salomão, p. 29.
- ³⁸38. Item 19 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940 em seu texto original.
- ³⁹39. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão, p. 41.
- ⁴⁰40. CORRÊA, Univaldo. A evolução da Justiça Militar no Brasil — alguns dados históricos. In: *Direito militar: história e doutrina: artigos inéditos*. Florianópolis: AMAJME, 2002. p. 22.
- ⁴¹41. Sempre que o CPM menciona atenuação ou agravamento sem determinar o *quantum*, deve-se recorrer ao art. 73 que orienta o juiz a fixar o aumento ou a diminuição *entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime*.
- ⁴²42. ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar. Comentários – Doutrina – Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 140.
- ⁴³43. Cf. DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Série Leituras Jurídicas: Provas e Concursos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.
- ⁴⁴44. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Método, 2007. p. 125.
- ⁴⁵45. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 82. O autor anota que o STF, há mais de 50 anos, rejeita a tese de inconstitucionalidade superveniente e entende que a essa inconstitucionalidade provém “de uma construção doutrinária equivocada”, isso porque “as leis nascidas em ordenamentos constitucionais pregressos ao surgimento da nova constituição são automaticamente revogadas ou recepcionadas por ela”. *Idem*, p. 81.
- ⁴⁶46. Nesse sentido ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar. Comentários – Doutrina – Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 139 e 140.
- ⁴⁷47. “Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro dia subsequente”.
- ⁴⁸48. Cf. DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Série Leituras Jurídicas: Provas e Concursos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 6.
- ⁴⁹49. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: RT, 2008, p. 156-7.
- ⁵⁰50. SHECAIRA, Sérgio Salomão, p. 157.
- ⁵¹51. SOARES, Carlos Alberto Marques. *Do exame de mérito na legislação penal e processual penal militar ante a prescrição da pretensão punitiva*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2000, p. 3.
- ⁵²52. Frise-se que as escusas absolutórias afastam a tipicidade do crime e, portanto, do ato infracional. Em sentido contrário DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Série Leituras Jurídicas: Provas e Concursos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 145.
- ⁵³53. De se notar que o art. 243 do CPPM determina às autoridades que prendam quem se encontre em flagrante delito. O art. 244, por sua vez, indica que está em flagrante aquele que é encontrado cometendo o crime (bem como em outras circunstâncias também ligadas ao conceito de crime). Ora, se crime é fato típico, antijurídico e culpável, em havendo qualquer patente excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade ao excluir o crime, exclui também a obrigatoriedade de prisão em flagrante, podendo-se optar pelo IPM.
- ⁵⁴54. Conclusão a que se chega após análise do art. 106 do ECA que menciona apenas a apreensão de adolescente. Nesse sentido, vide DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Série Leituras Jurídicas: Provas e Concursos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 148. Para os autores, no

entanto, a criança poderia ser encaminhada ao Conselho Tutelar ou à Autoridade Judiciária para medida protetiva.

⁵⁵55. Súmula 108 do STJ: “A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz”.

⁵⁶56. ASSIS, Jorge César de. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Juruá: Curitiba, 2003, p. 15.

⁵⁷57. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit., p. 170.

⁵⁸58. “Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente”

⁵⁹59. Nesse sentido, DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara e OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Série Leituras Jurídicas: Provas e Concursos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 169.

⁶⁰60. MANN, Thomas. *Doutor Fausto*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p.56.

⁶¹61. Ao persistir a imposição de pena somente para os crimes hediondos ou equiparados, estariam excluídos dessa possibilidade os crimes militares, já que a Lei dos Crimes Hediondos possui um rol taxativo calcado no Código Penal comum. Todavia, pedimos vênias para continuar a construção ignorando tal detalhe, vez que a inconstância da matéria é patente, não sendo impossível uma mudança de direção no sentido das alterações.

⁶²62. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 564.

⁶³63. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1067.

⁶⁴64. Idem. Ibidem.

⁶⁵65. Idem. p. 1068.

⁶⁶66. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 58.

⁶⁷67. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 2006, p. 283.

⁶⁸68. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Método, 2007. p. 126-7.