



**UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI**

ALEXANDRE ANDRADE DOS SANTOS

**A NATUREZA DA SANÇÃO DISCIPLINAR COMO MEDIDA
SOCIOEDUCATIVA AO ADOLESCENTE AUTOR DE “CRIME MILITAR”**

SÃO PAULO

2010

UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL
ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

ALEXANDRE ANDRADE DOS SANTOS

A NATUREZA DA SANÇÃO DISCIPLINAR COMO MEDIDA
SOCIOEDUCATIVA AO ADOLESCENTE AUTOR DE “CRIME MILITAR”

Dissertação desenvolvida, mediante orientação do Professor Doutor Wilson Donizeti Liberati, para o Programa de Mestrado Profissional Adolescente em Conflito com a Lei oferecido pela Universidade Bandeirante de São Paulo.

SÃO PAULO

2010

**A NATUREZA DA SANÇÃO DISCIPLINAR COMO MEDIDA
SOCIOEDUCATIVA AO ADOLESCENTE AUTOR DE “CRIME MILITAR”**

ALEXANDRE ANDRADE DOS SANTOS

Professor Doutor Wilson Donizeti Liberati

Presidente e 1º Examinador

Professora Doutora Irandi Pereira

2º Examinador

Professor Mestre Cícero Robson Coimbra Neves

3º Examinador

UNIVERSIDADE BANDEIRANTE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2010

Para meus pais,
sedimentadores da minha
formação, minha esposa Flávia
e minha filha Amanda, que,
ainda no ventre, torna-se uma
inspiração pela busca de um
mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, fonte de toda a luz divina e nosso Pai Maior, por permitir a nossa existência neste Mundo.

Ao meu orientador e agora amigo Wilson Donizeti Liberati que esteve sempre disposto a mostrar o melhor caminho a ser seguido, fazendo jus a tão nobre função.

Aos meus amigos da Escola Superior de Sargentos pelo entusiasmo e incentivo apresentados ao longo desta jornada acadêmica, em especial aos meus comandantes e, ainda, a ex-integrante Angélica, que em muito me auxiliou na etapa final do trabalho.

Aos meus mestres, que depositaram e contribuíram, direta ou indiretamente, em cada linha desta pesquisa, com os conhecimentos partilhados nos bancos escolares.

O Caçula

**Os seus pais entregaram seu menino
querido.**

A Academia formará o homem responsável.

(versos inseridos em “troféu”, de posse transitória, entregue ao Cadete mais jovem da Academia de Polícia Militar do Barro Branco, em solenidade própria. Autor desconhecido)

SANTOS, Alexandre Andrade dos. *A natureza da sanção disciplinar como medida socioeducativa ao adolescente autor de crime militar*: São Paulo: Universidade Bandeirante de São Paulo, 2010. (Dissertação de Mestrado Profissional Adolescente em conflito com a lei, área de concentração Ciências Sociais Críticas).

Orientador: Professor Doutor Wilson Donizeti Liberati.

Resumo

Temática pouco estudada, neste trabalho busca-se um estudo sobre os aspectos que envolvem a condição de um adolescente militar que pratica um ato infracional vinculado a um crime militar. Pesquisa-se a possibilidade de que uma pessoa que possua entre doze e dezoito anos incompletos ingresse em uma Instituição Militar (Forças Armadas, Polícias e Corpos de Bombeiros Militares) e que pratique um ato ilícito, previsto no Código Penal Militar. Os estudos procuram demonstrar aspectos de tratamento jurídico, no campo da imputabilidade, dado pelo legislador ao adolescente que esteja nesta condição de militar, em comparação ao adolescente civil, desde o Brasil independente. Verificam-se, ainda, posicionamentos diversos de leis infraconstitucionais em relação a procedimentos adotados em âmbito militar e civil, em face de não alterações de leis destinadas aos militares, seja em âmbito do direito material e do direito processual, levando-se sempre em conta os bens jurídicos tutelados pelas normas. Nesta esteira, considerando-se que as normas apresentam abordagens não-isonômicas, realiza-se um levantamento de possibilidades, por meio de estudo comparado do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos Regulamentos Disciplinares, com foco na natureza e modalidade de sanções ora estabelecidos em tais ordenamentos, de aplicação de preceitos dos Regulamentos Disciplinares Militares, a que também estão sujeitos tais adolescentes, em especial suas sanções, como substitutivos de medidas socioeducativas, procurando considerar os princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente e a condição peculiar em que se encontra o autor do ato, realizando-se uma sistematização jurídica e prática. Por fim, considerando-se praticado o ato infracional, é explicitada forma de encaminhamento deste tipo de ocorrência, com ênfase na competência da autoridade responsável pela apuração deste tipo de ato infracional.

Palavras-chave: Adolescente; militar; ato infracional; crime militar.

SANTOS, Alexandre Andrade dos. *A natureza da sanção disciplinar como medida socioeducativa ao adolescente autor de crime militar*: São Paulo: Universidade Bandeirante de São Paulo, 2010. (Dissertação de Mestrado Profissional Adolescente em conflito com a lei, área de concentração Ciências Sociais Críticas).

Orientador: Professor Doutor Wilson Donizeti Liberati.

Abstract

Thematic little studied in this paper seeks a study on the issues surrounding the condition of a teenage soldier who commits an offense linked to a military crime. Research the possibility that a person who holds between twelve and eighteen incomplete to join a Military Institution (Armed Forces, Police and Fire Brigade) and a practicing tort, under the Military Penal Code. The studies seek to demonstrate legal aspects of treatment in the field of liability, given by the legislature to adolescents who are in that condition military compared to civilian teenager from Brazil independent. There are also various placements of laws under the Constitution in relation to procedures used in the military and civilian, in the face of no change of laws to the military, whether in the context of substantive law and procedural law, always taking into account the legally protected by the rules. On this track, considering that the rules have non-isonomic approaches, carried out a survey of possibilities, through comparative study of the Child and Adolescent and the Disciplinary Regulations, focusing on the nature and type of sanctions set forth herein in such jurisdictions, the application of precepts of the Military Disciplinary Regulations, which are also subject to these adolescents, in particular its sanctions, as substitutes for social and educational measures, aiming to consider the guiding principles of the Child and Adolescent and the peculiar condition in which is the author of the act, carrying out a systematic and legal practice. Finally, considering the offense charged, is made explicit form of referral of such events, emphasizing the power of the authority responsible for investigating this type of infraction.

Word-key: adolescent; military; infraction act; military crime.

Lista de abreviaturas e siglas

AFA: Academia da Força Aérea

AMAN: Academia Militar das Agulhas Negras

APFD: Auto de Prisão em Flagrante Delito

APMBB: Academia de Polícia Militar do Barro Branco

Art. : Artigo

C.A.S.A.: Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente

CF: Constituição Federal

CFO: Curso de Formação de Oficiais

CG: Corregedoria Geral

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CP: Código Penal

CPM: Código Penal Militar

CPPM: Código de Processo Penal Militar

DOE: Diário Oficial do Estado

DOJ: Diário Oficial da Justiça

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

Ed.: Edição

EPCAr: Escola Preparatória de Cadetes do Ar

EsPCEEx: Escola Preparatória de Cadetes do Exército

ex.: exemplo

FUVEST: Fundação Universitária para o Vestibular

OPM: Organização Policial Militar

p.: página

PJM: Polícia Judiciária Militar

PMESP: Polícia Militar do Estado de São Paulo

R-4: Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro

RDAER: Regulamento Disciplinar da Aeronáutica

RDPM: Regulamento Disciplinar da Polícia Militar

Reg.: Regulamento

Sinase: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

TJSP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sumário

	INTRODUÇÃO	12
1.	PERCORRENDO A HISTÓRIA	19
1.1.	Da imputabilidade, impunidade, responsabilização juvenil e emancipação	19
1.2.	A história através das Constituições, Códigos Penais, legislações voltadas ao “menor” e legislações penais militares...	22
1.2.1.	Em âmbito constitucional.....	23
1.2.2.	Em âmbito infraconstitucional (penal) comum.....	26
1.2.3.	Em âmbito infraconstitucional (penal) militar.....	32
2.	MARCOS HISTÓRICOS E SITUACIONAIS	38
2.1.	Das Instituições	38
2.2.	Do ingresso e da possibilidade do adolescente militar	41
2.2.1.	Forças Armadas.....	42
2.2.1.1.	<i>Marinha do Brasil</i>	42
2.2.1.2.	<i>Exército Brasileiro</i>	42
2.2.1.3.	<i>Força Aérea Brasileira</i>	43
2.2.2.	Instituições Militares Estaduais.....	43
2.2.2.1.	<i>Polícia Militar do Estado de São Paulo</i>	43
2.2.2.2.	<i>Demais Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares</i>	48
2.3.	Do regime militar	50
3.	DA INTEGRAÇÃO ENTRE AS NORMAS	51
3.1.	Dos lapsos do legislador na atualização das normas penais e processuais penais militares	51
3.2.	Bens jurídicos tutelados	58
3.2.1.	Considerações iniciais	58
3.2.1.1.	<i>Bens jurídicos comuns</i>	59
3.2.1.2.	<i>Bens jurídicos militares (de acordo com o Código Penal Militar)</i>	60
3.2.2.	Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.....	63
3.2.3.	Pelos Regulamentos Disciplinares.....	64
3.3.	Do conflito entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal Militar	65
3.3.1.	Do princípio da especialidade	65
4.	NATUREZA DAS MEDIDAS	68
4.1.	Considerações iniciais	68
4.2.	Da extensão da compreensão do entendimento do ato infracional	69
4.3.	Do Trinômio: Estatuto da Criança e do Adolescente – Código Penal Militar – Regulamentos Disciplinares	72
4.4.	Da relação entre as medidas socioeducativas e as sanções disciplinares	75
4.4.1.	Das medidas socioeducativas.....	76
4.4.2.	Das sanções disciplinares.....	81
4.4.2.1	<i>Na Marinha do Brasil</i>	82
4.4.2.2.	<i>No Exército Brasileiro</i>	84
4.4.2.3.	<i>Na Força Aérea Brasileira</i>	85
4.4.2.4.	<i>Na Polícia Militar do Estado de São Paulo</i>	86
4.4.3.	Inter-relação das sanções.....	88
4.4.4.	Da possibilidade da aplicação das medidas.....	91

5.	PROPOSTAS DE APURAÇÃO EM RELAÇÃO AO COMETIMENTO DE ATO INFRACIONAL PRATICADO POR ADOLESCENTE MILITAR.....	93
5.1.	Em caso de crime militar.....	97
5.2.	Em caso de crime comum.....	99
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	100
	REFERÊNCIAS.....	103
	<i>ANEXO I - Grade curricular do quadriênio 2006-2009 do Curso de Formação de Oficiais da Academia de Polícia Militar do Barro Branco – APMBB, da Polícia Militar do Estado de São Paulo.....</i>	<i>106</i>

INTRODUÇÃO

O crime, em sua acepção jurídica, pode ser classificado por várias formas (culposo/doloso; consumado/tentado etc). Dentre tais características, será observada a distinção entre crime comum e militar.

Em regra, pode-se dizer que os crimes são comuns, sendo os considerados militares uma forma “excepcional”, com previsão no Código Penal Militar (Decreto Lei nº 1011, de 21 de outubro de 1969).

Para um crime ser considerado militar, caso ele não seja os notadamente conhecidos como tal (deserção, recusa de obediência, dormir em serviço etc), os quais são denominados como propriamente militares, ele deve revestir-se de características próprias, que vão levar em conta a condição de seu autor, vítima, local, condições, meios empregados entre outras.

São possíveis autores de crimes militares, basicamente, os militares das Forças Armadas (integrantes da Marinha, Exército ou Aeronáutica) e militares dos Estados (membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) e, em âmbito civil, sob condições especiais, os próprios civis¹.

O acesso à carreira militar dá-se, basicamente, sob a forma de alistamento compulsório (dada a previsão constitucional do serviço militar obrigatório²) ou por voluntariado, meio pelo qual o cidadão procura a sua inserção na carreira militar.

Um cidadão tem condições de ingresso de várias formas, de acordo com a Instituição e o cargo pleiteado. Em escolas militares, que receberão tais civis em seus primeiros graus da hierarquia (denominados,

¹ Os civis não respondem por crime militar em âmbito estadual, por força do disposto no art. 125, § 4º da Constituição Federal, que dispõe: § 4º. *Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.*

² Constituição Federal. Art. 143. *O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.*

normalmente, de Soldados), há a exigência, dentre outras, da maioria do candidato (ter dezoito anos ou mais de idade).

Em outras escolas, por sua vez, o cidadão que deseja ingressar na carreira militar, principalmente naquelas em que ele está buscando os graus hierárquicos superiores, por meio das Academias Militares, há a exigência do Ensino Médio concluído ou, ainda, a possibilidade de frequentar o Ensino Médio, na sua totalidade ou apenas o último ano, já na condição de militar.

É exatamente nesse diapasão que será situada a pesquisa, uma vez que é dada a possibilidade de um adolescente tornar-se um militar³, frequentando uma Escola Militar, sujeitando-se aos seus Regulamentos e ser considerado penalmente imputável.

O presente trabalho tem como finalidade o estudo detalhado da condição de um militar, adolescente, que venha a praticar uma conduta tipificada no Código Penal Militar, bem como em Regulamento Disciplinar próprio e a sua relação com as medidas previstas, como socioeducativas, no Estatuto da Criança e do Adolescente e suas consequências legais e práticas.

A possibilidade, que de fato ocorre, de um adolescente ser considerado militar, durante a sua fase de menoridade penal, suscita campo para diversas análises.

O conflito, num sentido ideológico, de um militar vir a praticar um crime militar, nessa fase da vida, em que deve ser considerada a sua situação especial e peculiar, e a caracterização como ato infracional é uma situação latente, cuja interpretação carece de dúvidas.

Em um levantamento bibliográfico verifica-se uma carência de estudos acerca do tema, visto tratar-se de um assunto relativo a um público específico, mas que toma relevância maior a cada dia, dado o aumento constante deste contingente e as possibilidades de cometimento do ato.

Um ponto que se pretende abordar é a vinculação dos Regulamentos Disciplinares, em âmbito administrativo, a que estão sujeitos tais militares, em consonância com o Código Penal Militar e o Estatuto da Criança e

³ Código Penal Militar, art. 22. *É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às Forças Armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.* Neste caso, o conceito das Forças Armadas é estendido às Polícias e Corpos de Bombeiros Militares.

do Adolescente, quando do seu estudo do ato infracional e das medidas socioeducativas previstas.

Em que pese a consagrada independência das esferas penal, civil e administrativa, há que se estudar, intrinsecamente, o caráter do Estatuto da Criança e do Adolescente perante o ordenamento jurídico e a sua sujeição constitucional às esferas ora citadas.

Propõe-se nestes estudos verificar a possibilidade de conexão das sanções disciplinares a que um militar está sujeito, na esfera administrativa, e o seu valor, com base no princípio da proteção integral, consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e externado, dentre outros, sob a forma das medidas socioeducativas.

Trata-se de um problema concreto, cujas consequências podem ser várias, desde a não caracterização do crime militar como ato infracional (por exemplo, não se encaminhar à autoridade policial de polícia judiciária comum uma infração como “dormir em serviço”, ou, se encaminhada, não se proceder ao devido registro) e as suas consequências (não apuração ou até a internação do adolescente militar⁴ na Fundação CASA, no caso do Estado de São Paulo).

Há de se ressaltar que as sanções disciplinares gravitam, desde uma advertência, passando por recolhimentos, detenções no interior do quartelamento, chegando até a expulsão do militar faltoso das fileiras da Instituição a qual pertence.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o Código Penal Militar contemplava a resolução de tal questão. Estabelecia (embora não revogados expressamente) em seus artigos 50, 51 e 52:

Art. 50. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.

Art. 51. Equiparam-se aos maiores de dezoito anos, ainda que não tenham atingido essa idade:

⁴ Ao longo deste trabalho optou-se, com a finalidade de melhor entendimento, utilizar-se da expressão *adolescente militar*. Não se objetiva, com isso, realizar uma associação intrínseca, como se a condição de adolescente e de militar fossem inseparáveis, a ponto de constituir-se uma única condição. Na realidade, esta expressão deve ser entendida como um *adolescente que esteja na condição de militar* mas que, em momento algum, deixou de ter a sua condição etária desvinculando-o do momento de sua vida em que a norma o denomina *adolescente*.

- a) os militares;
- b) os convocados, os que se apresentam à incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento;
- c) os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direção e disciplina militares, que já tenham completado dezessete anos.

Art. 52. 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.

Assim tal questão apresentava solução no campo da menoridade penal quando envolvia militares, em especial entre dezesseis e dezoito anos. A questão é que o artigo 228 da Carta Magna estabeleceu, cristalinamente, que *são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.*

Considerando-se tal legislação especial, inicialmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, depara-se com seu artigo 103, que dispõe, *in verbis*: *Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.*

Com isso, conforme já destacado, parece haver um conflito aparente de normas, dada a supremacia constitucional, em uma situação prática que, a um adolescente engajado nas fileiras militares, há a sujeição disciplinar militar e, por estar na condição de militar, a inviabilidade de efetiva aplicação de determinadas medidas socioeducativas que, *prima facie*, podem já estar constituídas no corpo dos Regulamentos Disciplinares.

Assim, inicialmente, objetiva-se verificar a possibilidade de uma sanção disciplinar ter o valor e a finalidade, para fins de aplicação, de uma medida socioeducativa, quando da ocorrência de um ato ilícito militar, praticado por um adolescente militar.

Secundariamente, procurar-se-á traçar um estudo legal sobre a viabilidade da correlação entre sanção disciplinar e medida socioeducativa.

Didaticamente, pode-se expor os problemas a serem resolvidos, em forma de questionamentos, donde se elenca:

1. O que é um crime militar?
2. Está o adolescente militar sujeito ao Código Penal Militar?
3. Quais são os tipos de medidas socioeducativas e suas naturezas?
4. Quais são os tipos de sanções disciplinares militares?
5. Pode ocorrer a relação de uma sanção disciplinar militar ou civil a uma medida socioeducativa?

A pesquisa fundamenta-se na seguinte hipótese: O adolescente infrator militar que, em tese, comete um crime militar, ao ser sancionado administrativamente, estará sujeito a tal medida em razão da possibilidade de ser considerada como medida socioeducativa, com fulcro no caráter exemplificativo das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente em consonância com a doutrina de proteção integral, em face da condição especial e peculiar da pessoa nessa etapa de sua vida.

O estudo de tal problemática procurará, de forma descritiva e propositiva, verificar o impacto advindo da integração das leis em âmbito federal e estadual, penal e administrativo, civil e militar.

Como já destacado, trata-se de uma temática pouco estudada, uma vez que as pesquisas são relativizadas ao Direito Penal Juvenil, sem buscar a análise dos fatos ao ramo militar das condutas criminosas.

Para a realização desta pesquisa, de natureza descritiva, exploratória e documental, sob a forma da dissertação ora proposta, serão utilizadas técnicas de levantamento bibliográfico, legislativo, documental e jurisprudencial, relativos aos crimes militares, sanções disciplinares, medidas socioeducativas e seus fundamentos.

Este trabalho, estruturado em cinco capítulos, procura, no capítulo inicial, realizar uma pesquisa, de cunho histórico, ao longo das

Constituições, Códigos Penais e legislações infraconstitucionais que tratam sobre o adolescente, com foco na questão da imputabilidade. Este capítulo procura demonstrar ainda diferenças no tratamento, pelo legislador, em relação ao adolescente militar e o civil.

Na sequência, buscando ainda situar o pesquisador neste peculiar mundo que é o das Organizações Militares, objetiva-se demonstrar quando que é possível um adolescente tornar-se um militar, qual é a finalidade dessas Instituições e a previsão legal destas, tomando-se como referência a Constituição Federal.

Posteriormente, no terceiro capítulo, o foco são as normas principais que regem o sistema de garantias da infância e juventude (ECA), Instituições Militares (Código Penal Militar e Regulamentos Disciplinares), com ênfase em seus objetos de tutela – bens jurídicos. Nessa etapa do trabalho ainda se pretende discutir sobre a eventual integração ou preponderância de uma sob a outra, considerando-se que ambas, em um primeiro momento, denotam um caráter específico de tratamento sobre determinadas questões. Visando ainda trazer subsídios, serão trazidas à baila algumas alterações legislativas que não ocorreram em âmbito militar, restando, ao menos o questionamento se o legislador, ao não citar o militar, como no caso do ECA, possa o ter feito de forma intencional ou o ECA seria mais uma norma que não levou em conta esta situação peculiar que um adolescente possa encontrar-se.

No quarto capítulo, procurar-se-á, resumidamente, expor quais são as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que já são exaustivamente discutidas no campo doutrinário. A inovação pretendida é trazer as sanções disciplinares previstas nos Regulamentos das Instituições (Marinha, Exército, Aeronáutica e Polícia Militar do Estado São Paulo), buscando traçar um comparativo por meio de um estudo de verificação da aplicação ou substituição das medidas socioeducativas por sanções disciplinares.

E o capítulo derradeiro destina-se a discutir propostas de apuração de sanção disciplinar em relação às medidas socioeducativas, considerando-se fatores como o caráter especial das legislações, os bens

jurídicos tutelados, a natureza das medidas a serem aplicadas e até uma real e efetiva forma de execução de tais medidas.

1. PERCORRENDO A HISTÓRIA

Gandhi⁵ já dizia: "Se queremos progredir, não devemos repetir a história, mas fazer uma história nova." Com base neste célebre pensamento, o trabalho será iniciado por uma incursão histórica acerca da imputabilidade do adolescente.

Conhecer a história é fundamental para que possa ser entendido o presente e evite-se incorrer nos mesmos erros do passado.

No caso da imputabilidade, o percurso histórico adotado pelo legislador apresenta uma acentuada variação ao longo do tempo. Antes de adentrar-se a esta viagem ao passado, alguns conceitos que farão importante diferença no entendimento da evolução legislativa a respeito serão pontuados.

1.1. Da imputabilidade, impunidade, responsabilização juvenil e emancipação

Estes quatro conceitos, à primeira vista, podem parecer sinônimos ou, ao menos, coincidentes entre si. Na realidade, possuem significativas diferenças, que serão abordadas no momento.

Por imputabilidade, Francisco de Assis Toledo leciona a respeito, esclarecendo que:

imputabilidade é sinônimo de atribuíbilidade. Imputar é atribuir algo a alguém. Quando se diz que determinado fato é imputável a certa pessoa, está-se atribuindo a essa pessoa ter sido a causa eficiente e voluntária desse mesmo fato. Mais ainda: está-se afirmando ser essa pessoa, no plano jurídico, responsável pelo fato e, conseqüentemente, passível de sofrer os efeitos, decorrentes dessa responsabilidade, previstos pelo ordenamento vigente. O termo *imputabilidade* contém, assim, uma certa carga valorativa, pois, conforme salienta Petrocelli,

⁵ <http://direitodresposta.forumeiros.com/saudacoes-f1/frases-de-efeito-t16.htm>

“viene dal verbo latino *imputare*, che significa *attribuire, ascrivere*, però nel senso di attribuire in male, *addebitare, far carico*”. Pode, entretanto, **a imputabilidade estar referida não a fato, mas diretamente ao agente**. Nesta última hipótese, significa aptidão para ser culpável. **Quando se afirma que certa pessoa é imputável, está-se dizendo ser ela dotada de capacidade para ser um agente penalmente responsável**. (negrito do autor)⁶

Para o presente trabalho, adotar-se-á o destaque acima, ou seja, será estudada a imputabilidade à luz da qualidade do agente, do autor dos fatos.

E é exatamente nesta esteira que Wilson Donizeti Liberati a diferencia de impunidade, asseverando que:

Há que se fazer, todavia, uma breve distinção entre impunidade e imputabilidade penal. Esta, considerada causa legal de exclusão de culpabilidade, ou seja, de exclusão da responsabilidade penal, significa uma absoluta irresponsabilidade pessoal ou social diante do crime ou contravenção penal (ato infracional) praticado, tendo como base apenas a idade cronológica. Esse é o panorama jurídico pretendido pela primeira parte do preceito constitucional do art. 228. **A impunidade, por sua vez, é a situação daquele que escapou à punição ou que não é punido ou castigado**. (negrito do autor)⁷

Assim, com fulcro nas duas conceituações ora citadas, já se pode verificar que inimputabilidade penal não significa impunidade e vice-versa. O escorço histórico a ser estudado adiante estará baseado, dentre outros, na questão da inimputabilidade.

E o que dizer da responsabilidade penal juvenil? Seria o jovem um “irresponsável por completo”? Não é o que ensina a doutrina. Baseando-se nos mesmos princípios e no autor ora citado, tem-se que a responsabilidade juvenil existe, de acordo com a lei vigente específica, em que se leciona que:

⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 312 - 3

⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil: A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 65 - 6

Pode-se, então, dizer que enquanto os maiores de 18 anos têm responsabilidade penal, os maiores de 12 e menores de 18 anos têm responsabilidade *estatutária*, que pode, também, ser denominada de *responsabilidade penal juvenil*.⁸

Tal responsabilidade penal juvenil, também denominada de responsabilidade especial ou infracional, também foi discutida por Sérgio Salomão Shecaira que, ao vincular responsabilização com o Direito Penal, ensina que:

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?⁹

Por fim, apenas para fechar a contextualização da evolução histórica a ser estudada, há que se falar na emancipação. Trata-se de um instituto de natureza civil que representa, em síntese, a aquisição antecipada da maioridade civil, conforme o disposto no artigo 5º do Código Civil¹⁰ e, de acordo com a situação (casos de aplicação de medidas de proteção, quando da falta dos pais da criança ou adolescente), será de competência da Justiça

⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil: A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 75

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 157

¹⁰ Art. 5º: *A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.*

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

da Infância e da Juventude,¹¹ conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, basicamente, pode-se concluir, a respeito da criança e do adolescente: a criança é inimputável, não tem condições de ser responsabilizada por seus atos e a ela não é possível incorrer o instituto da emancipação.

Ao adolescente, por sua vez, considera-se inimputável, porém passível de ser responsabilizado por suas condutas (ato infracional). Uma vez responsabilizado, não há que se falar em sua impunidade e, em sua vida civil, tem condições de antecipar a sua maioridade civil de acordo com o Código Civil.

1.2. A história através das Constituições, Códigos Penais, legislações voltadas ao “menor” e legislações penais militares.

Com base nos institutos estudados anteriormente, procurar-se-á demonstrar a evolução, à luz das legislações vigentes, no que diz respeito à imputabilidade e responsabilização penal juvenil, uma vez que os aspectos de emancipação e tampouco de eventual impunidade não representam o foco deste estudo.

Será tomado como marco inicial o Brasil independente. Em que pese que algumas das legislações foram editadas anteriormente a esse período, ainda apresentaram vigência pós 1822. A partir dessa época, mesmo sob a influência portuguesa, pode-se tomar uma melhor noção de um “pensamento nacional”.

¹¹ Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

(...)

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

(...)

e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais;

1.2.1. Em âmbito constitucional

Considerando-se os aspectos constitucionais que tratam ou trataram a respeito do assunto, a Constituição de 1824 não discutiu a maioria penal, mas para efeitos de registros históricos, duas situações nela explicitada merecem ser citadas: uma que trata sobre a idade do Imperador e outra sobre os direitos do cidadão no momento de prisão:

Art. 121. O Imperador é menor até á idade de dezoito annos completos.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.¹²

Em que pese não estar disposto acerca da maioria penal, já se verificam critérios etários de responsabilização (para o Imperador) que coincide com o nosso atual critério de imputabilidade penal e maioria civil e, ainda, denota-se o já tratamento específico para os militares, no que diz respeito à sua disciplina e processualística penal.

A Constituição Republicana de 1891 também não aludiu o aspecto da maioria penal. Apenas para pontuar e tentar verificar o encaminhamento do pensamento do legislador pátrio, tal Constituição estabeleceu, em seu artigo 70, que poderiam ser eleitores os *cidadãos maiores*

¹² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm

*de 21 anos de idade que se alistarem na forma da lei, excetuando, dentre outros, as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior (item 3º do art. 70).*¹³

Já a Constituição de 1934, fruto de intensas mobilizações internas no país, especialmente do Estado de São Paulo, reduziu, em seu artigo 108, a idade de capacitação para ser eleitor para os 18 anos, bem como estendeu tal direito às mulheres. No âmbito militar das exceções, estabeleceu, na alínea “b” do parágrafo único do mesmo artigo, que não poderiam alistar-se as *praças-de-pré, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial*¹⁴, ou seja, ampliou também aos militares a possibilidade do exercício do sufrágio universal.

Em 1937, frente a novas complexidades nacionais, dentre elas a questão comunista no país, instituiu-se nova Constituição Federal. Nessa, quanto ao aspecto eleitoral, foram mantidos os 18 anos de idade, tal como na de 1934, porém a exceção passou a compreender todos os *militares em serviço ativo*, conforme o artigo 117, parágrafo único, alínea “d”¹⁵.

A Constituição de 1946 também é silente quanto à imputabilidade penal. Apenas para manter o raciocínio no que diz respeito à elegibilidade, trouxe o legislador as mesmas regras anteriormente citadas, ou seja, o estabelecimento da idade mínima de 18 anos, consoante o seu artigo 131, voltando às restrições estabelecidas no que diz respeito aos militares, conforme o parágrafo único do artigo 132, ao estabelecer que *também não podem alistar-se eleitores as praças de pré, salvo os aspirantes a oficial, os suboficiais, os subtenentes, os sargentos e os alunos das escolas militares de ensino superior*¹⁶.

Na sequência, depara-se com a Constituição de 1967. Embora seja de conhecimento as particulares condições de sua promulgação, não há

¹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm

¹⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm

¹⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm

¹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm

que se falar em alterações significativas do até agora exposto em relação à de 1946.

Também não se denotam significativas mudanças na Promulgação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, já na vigência do Governo Militar.

Por fim, chega-se a denominada Carta Cidadã, promulgada em 05 de outubro de 1988, pela Assembléia Nacional Constituinte. Refletiu-se em um ordenamento garantidor dos direitos individuais, que dedicou, sob a condição de cláusula pétrea, artigos destinados especialmente a tal fim.

E é na *Lex Mater* que, de forma inédita no país, encontra-se estabelecida a imputabilidade penal em nível constitucional. Assim, aponta o seu artigo 228 que *são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.*

De plano, já se verifica um importante diferencial em relação às outras constituições: a preocupação do legislador em não deixar a cargo das leis infraconstitucionais a idade mínima de imputabilidade penal, fazendo com que, qualquer alteração neste sentido, se possível¹⁷, careça de um amplo estudo e, para que ocorra, exija *quorum* e formas diferenciadas para a sua aprovação¹⁸.

¹⁷ Há autores que defendem que, embora não necessariamente descrita no artigo 5º da Constituição Federal, a idade mínima de imputabilidade penal prevista no artigo 228 tem *status* e força de cláusula pétrea, pois está intrinsecamente vinculada ao princípio constitucional de respeito à dignidade humana. André Ramos Tavares, ao discorrer sobre as cláusulas pétreas, assim dispõe: *Inserem-se na mesma noção de normas de alta relevância, porque, nesse caso, foram dotadas de uma garantia também especial: a imutabilidade. Quando a constituição preceitua que não poderá ser objeto de emenda constitucional a proposta tendente a abolir: “I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais” (§4º do art. 60), “o que finalmente propicia é uma proteção agregada em benefício de certas partes da Carta que o constituinte considerou credoras de um ‘plus’ de segurança. (...) Quer isto dizer que implicitamente se reconhece a estes uma certa importância, a suficiente para endurecer seus mecanismos de garantia”* (grifo do autor), in TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 95.

¹⁸ O Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprovou o Plano Nacional de Direitos Humanos – 3, estabelece no Eixo Orientador III (*Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades*), Diretriz 8 (*Promoção dos direitos de crianças e adolescentes para o seu desenvolvimento integral, de forma não discriminatória, assegurando seu direito de opinião e*

Apenas para não deixar de abordar o raciocínio convergente que está sendo demonstrado no que tange à capacidade eleitoral do cidadão, estabeleceu-se na Constituição de 1988, no artigo 14, §1º, II, “c” a possibilidade facultativa de voto ao adolescente entre 16 e 18 anos e no §2º do mesmo artigo a restrição aos conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório.

Cumprir destacar que não se objetiva um estudo da capacidade eleitoral do adolescente ao longo dos tempos, mas apenas demonstrar, superficialmente, o quanto o legislador vinculou eventual capacidade a um critério etário e o quanto sofreu variações. Quanto às exceções, sempre apresentadas em âmbito militar, representam apenas um referencial comparativo de tratamento dado a esta categoria profissional, considerando-se que neste trabalho buscar-se-á estudar exatamente o comportamento legislativo sancionador de adolescentes militares em conflito com a lei.

1.2.2. Em âmbito infraconstitucional (penal) comum

Conforme se verificou, as constituições, exceto a vigente, não tiveram em seus textos a disposição da imputabilidade penal, no que diz respeito às suas faixas etárias, deixando, em regra, ao legislador infraconstitucional o seu estabelecimento.

Assim, seguindo-se na mesma linha de raciocínio, serão expostos os critérios etários que demarcaram a imputabilidade penal, a partir de 1822.

participação), Objetivo estratégico VII (Implementação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), alínea “j”, um dos objetivos referentes à maioria penal: j) Desenvolver campanhas de informação sobre o adolescente em conflito com a lei, defendendo a não redução da maioria penal.

Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República

Parceiro: Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República

Recomendação: Recomenda-se ao Legislativo a rejeição dos projetos de lei favoráveis à redução da maioria penal ou que retirem direitos já assegurados aos adolescentes em conflito com a lei.

A exposição a seguir está totalmente baseada em quadro sinóptico elaborado, de forma clara e objetiva, por Wilson Donizeti Liberati.¹⁹

Estabeleciam as Ordenações do Reino – Código Filipino, vigentes de 1603-1830, a imputabilidade aos 17 anos, com maioria plena aos 20 anos (neste intervalo era possível até a aplicação de pena de morte).

Com o advento da Independência, foi editado o Código Criminal do Império, em 1830, que deu início à chamada *etapa penal diferenciada*.²⁰ Tal Código fixou a imputabilidade em 14 anos, possibilitando o recolhimento de menores de 14 anos às casas de correção até os 17 anos (aplicação da teoria do discernimento²¹). Entre os 14 e 21 anos a pena era atenuada.

Visando ilustrar este momento, Sérgio Salomão Shecaira observa que:

Embora o Código Criminal de 1830 tenha atravessado fronteiras, servindo de inspiração para o Código Espanhol de 1848, além de diversos outros latino-americanos, o governo brasileiro não o implementou a contento. Já se desrespeitava o direito dos adolescentes infratores, por não se cumprir o que o próprio Código Criminal previa, que era o recolhimento dos menores às casas de correção, porquanto não foram construídas. Com isso, os menores, na falta da instituição de recolhimento prevista em lei, eram lançados na mesma prisão que os adultos, em deplorável promiscuidade²².

¹⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil: A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48-49

²⁰ Sérgio Salomão Shecaira define-a como o período dado pelo direito desde o nascimento dos Códigos Penais liberais do séc. XIX até as primeiras legislações do séc. XX. Esta fase do pensamento 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. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 28)

²¹ Sérgio Salomão Shecaira comenta que o critério de discernimento sempre trouxe problemas para o aplicador da lei, já tendo sido chamado por Evaristo de Moraes de critério da adivinhação psicológica. Além disso, a verificação da aptidão é sempre subjetiva. A distinção do bem e do mal, o reconhecimento de possuir o menor relativa lucidez para orientar segundo as alternativas do certo e errado, do lícito e ilícito, era tarefa das mais difíceis para o juiz, que quase invariavelmente acabava por decidir em favor do menor, proclamando-lhe a ausência de discernimento. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 32)

²² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29, 30

Em 1890, por meio do Decreto nº 847, foi criado o Código Penal da República. Neste, estabeleceu-se a irresponsabilidade absoluta aos menores de 9 anos. Entre 9 e 14 anos havia a possibilidade de aplicação da teoria do discernimento, e os maiores de 14 anos poderiam ser recolhidos a estabelecimentos disciplinares.

Sérgio Salomão Shecaira destaca que

novamente a lei encontraria a barreira da falta de estrutura pública. Assim como as casas de detenção previstas no Código Criminal do Império não saíram do papel, da mesma forma o estabelecimento disciplinar industrial foi letra morta.²³

Em 1921, uma legislação não relacionada, diretamente, à imputabilidade, trouxe alterações ao Código Penal Republicano. A lei 4.242, de 04 de janeiro de 1921, que *fixa a despesa geral da Republica dos Estados Unidos do Brasil para o exercicio de 1921*,²⁴ trouxe, em seu § 20, uma significativa alteração, ao dispor que:

O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não será submetido a processo de espécie alguma e que o menor de 14 a 18 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, será submetido a processo especial.²⁵

Tal alteração, em que pese deslocada na proposta de sua lei, praticamente aboliu a aplicação da teoria do discernimento para a faixa etária até os 14 anos.

²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.33

²⁴ <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FFrmConsultaWeb1%3FOpenForm%26AutoFramed>

²⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

Por meio do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, foi instituído o denominado “Código Mello Mattos”²⁶. Por este, menores de 14 anos são inimputáveis e prevê-se a possibilidade de aplicação de tratamento apropriado ou o encaminhamento à escola de reforma (observados os critérios abandono/perversão). Entre os 14 e 16 anos, o menor é considerado irresponsável e instaura-se procedimento especial para apuração do fato com possibilidade de aplicação de medidas de assistência com cerceamento de liberdade. Entre os 16 e 18 anos, é considerado responsável pelo crime, sofrendo as penas do Código Criminal do Império. As penas privativas de liberdade são reduzidas de um terço. Menores de 18 anos – abandonados ou delinquentes – têm a possibilidade de aplicação de medidas de assistência e proteção de caráter punitivo ou não punitivo.

Sérgio Salomão Shecaira demarca esta legislação como o início da etapa tutelar, onde *o século XX vai se deparar com instituições de menores infratores, assim como o tratamento da delinquência juvenil será tratado por leis especiais para “menores em situação irregular”*.²⁷ Nessa fase, denota-se com mais clareza a diferenciação de medidas aplicadas a adultos em relação às aplicadas aos menores.

Antecedendo ao Código Penal de 1940, tem-se a Consolidação das Leis Penais, por meio do Decreto nº 22.213/32, que estabeleceu que menores de 14 anos eram inimputáveis e, ainda, a previsão de circunstâncias atenuantes para os infratores entre 18 e 21 anos.

Em 1940, foi instituído o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40), o qual estabeleceu (e ainda estabelece), em seu artigo 27, a imputabilidade a partir dos 18 anos.

Posteriormente, com o advento do Decreto-lei nº 6.026/43, foram mantidos os parâmetros etários da imputabilidade em vigor até 1967 e, em

²⁶ O Magistrado José Cândido Albuquerque Mello Matos foi o titular do primeiro Juizado de Menores do Brasil, surgido em 1923, no Distrito Federal e, devido à sua importante participação na elaboração, recebeu tal código o seu nome como referência.

²⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34

virtude da edição da Lei nº 5.258/67, a imputabilidade foi reduzida para os 14 anos.

No ano seguinte, foi revigorado o limite aos 18 anos, através da Lei 5.439/68.

Não se pode deixar de fazer menção ao Código Penal de 1969, que nunca entrou em vigor²⁸. Segundo explicitado por Francisco de Assis Toledo, relativamente a tal Código, este foi:

mal recebido pela crítica , teve (...) o seu início de vigência adiado por mais de uma vez até que, no Governo do Presidente Geisel, optou-se pela reforma parcial do Código de 1940 e pela revogação definitiva do Código de 1969, o que de fato de deu, respectivamente, pelas Leis nº 6.416, de 24 de maio de 1977, e 6.578, de 11 de outubro de 1978.²⁹

Apenas a título de curiosidade, dispunha o Código Penal de 1969, conhecido por seu rigor:

Art. 33. 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 acôrdo com êste entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade. (Menores)

Art. 34. 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.³⁰

²⁸ Nos dizeres de Heleno Fragoso, *é evidente que aquele código, elaborado em época bem diversa, não correspondia às exigências atuais de nosso direito penal, e sua revogação merece aplauso.*

²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65-66

³⁰

<http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=227135>

Chega-se agora à legislação anterior vigente até a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se do Código de Menores³¹, instituído pela Lei nº 6.697/79. Tal Código manteve a imputabilidade aos 18 anos e adotou, em seu cerne, a doutrina da situação irregular, em que:

A força conferida ao Juiz de Menores dava a ele um amplo poder inquisitivo. Sua atribuição transcendia regras, havendo previsão legal do critério do *prudente arbítrio* (art. 8º), com o qual poderia o magistrado, além das medidas expressamente previstas em lei, “através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral”, quando “necessárias à assistência, proteção e vigilância do menor”. **A doutrina da situação irregular fez do juiz um bom pai de família que tinha toda a discricionariedade para decidir.** (...) Embora fosse considerado inimputável, o infrator estaria sujeito a regras que poderiam ser mais rígidas do que aquelas previstas no Código Penal.³² (negrito do autor)

Por fim, aporta-se na legislação vigente. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – inaugura a denominada etapa garantista³³. Estabelecido pela Lei nº 8.069/90, o Estatuto regulamenta a Constituição Federal de 1988, trazendo a responsabilidade penal aos 12 anos e a imputabilidade penal aos 18 anos (conforme o próprio art. 228 da Constituição). Diferencia criança (de 0 a 12 anos incompletos) de adolescente (12 a 18 anos incompletos), dispondo sobre medidas protetivas e socioeducativas (sendo que as últimas admitem a privação parcial ou total da liberdade).

³¹ O Código de Menores foi alvo de muitas críticas. 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. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41)

³² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43

³³ A etapa garantista obedece a um concerto internacional, resultante de inúmeros documentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente, como: Declaração dos Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), Diretrizes das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Diretrizes de Riad), Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros. É verdade que cada país encontrou seu caminho para consagrar a adoção da etapa final desse desenvolvimento constante. No Brasil, além da ratificação dos Tratados Internacionais aplicáveis ao tema, o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama um sistema de mais garantias, incorporando uma série de direitos materiais processuais para a preservação dos direitos infanto-juvenis. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43-44)

Em relação ao Estatuto, não será aprofundado, no momento, o estudo, que será objeto de uma maior análise em capítulos posteriores.

1.2.3. Em âmbito infraconstitucional (penal) militar

O Direito Militar representa uma das facetas mais antigas do ordenamento jurídico. Sua história remonta às organizações dos exércitos. Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger aduzem que:

Ainda que não se possa definir com exatidão o momento em que surgiu um direito voltado à atividade bélica, pode-se, em linhas gerais, afirmar ter sido em tempos remotos, acompanhando o aparecimento dos primeiros exércitos. (...)

Pode-se concluir, portanto, que o Direito Penal Militar, em que pese a influência dos movimentos condicionantes do Direito Penal comum, desenvolve-se paralelamente e ganha notoriedade com o início da atividade bélica, exigindo, por consequência, a apreciação do fato crime por ângulo diverso, o que resultou na origem da Justiça Militar.³⁴

Estudiosos entendem que foi em Roma que o Direito Penal Militar passou a gozar de relativa autonomia, dada à sistematização de suas normas, foro especializado. Célio Lobão, inclusive, associa a questão disciplinar, e salienta que:

Os doutrinadores, dentre esses Pietro Vico, são unânimes em afirmar que o período moderno do direito penal militar começou com a Revolução Francesa (1789), porém o crime militar não era desconhecido do Direito Romano, no qual a violação do dever militar alcançou a noção jurídica perfeita e científica, o que explica porque Roma conquistou o mundo com o rigor da disciplina militar.³⁵

³⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2

³⁵ LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 48

No Brasil, buscando o alinhamento já traçado em relação às condutas comuns, verifica-se que, à época de sua Independência, vigiam as Ordenações Filipinas. Quanto à legislação militar, conforme disserta Álvaro Mayrink da Costa:

Nossa antiga legislação era presidida pelos bárbaros **Artigos de Guerra do Conde de Lippe**, aprovados em 1763, e dentre as medidas de relevância política e social tomadas por D. João VI, depois de sua chegada ao Rio de Janeiro, aos 7 de março de 1808, vindo da Bahia, nota-se a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça pelo Alvará de 1º de abril daquele ano (...) Além das funções judiciárias, foi atribuída a esse Conselho a de ser consultado em tudo quanto se julgasse conveniente, para melhor economia e disciplina do Exército e da Marinha.³⁶ (negrito do autor)

Há de se destacar que os referidos artigos de guerra não conceituavam o delito militar, que já era objeto de outras normas legais, conforme assinala Célio Lobão. Mas, mesmo assim, encontra-se, no já comentado Código Criminal de 1830, dispositivos distinguidores do crime, como se observa no artigo 308:

Disposições geraes

Art. 308. Este Codigo não comprehende:

1º Os crimes de responsabilidade dos Ministros, e Conselheiros de Estado, os quaes serão punidos com as penas estabelecidas na lei respectiva.

2º **Os crimes puramente militares**, os quaes serão punidos na fórma das leis respectivas. (negrito do autor)

Com o advento da República, foi editado, inicialmente direcionado à Marinha, o Código Penal da Armada³⁷, pelo Decreto nº 18, de 7 de março de 1891.

³⁶ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 20

³⁷

<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FviwTodos%2F671aade2000fc7ed032569fa0042aeb0%3FOpenDocument%26Highlight%3D1%2C%26AutoFramed>

Já em 1899, por meio da Lei nº 612, de 29 de setembro, tal Código passou a ser aplicado também no Exército³⁸.

Estabelecia o Código Penal da Armada a irresponsabilidade penal plena aos menores de 9 anos e a aplicação da teoria do discernimento aos menores entre 9 e 14 anos. Além disso, por parte dos menores de 17 anos, não seriam aplicadas as penas constantes do Código e sim medidas disciplinares. Dispunha o referido código:

Art. 21. Não são criminosos:

§ 1º Os menores de 9 anos completos;

§ 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

Art. 24. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que se provar terem obrado com discernimento, serão remetidos à autoridade civil para os recolher a estabelecimentos disciplinares, até à idade de 17 anos.

Pelo extrato, verifica-se que haveria a possibilidade de responsabilização penal, com base na teoria do discernimento, já aplicada aos delitos comuns. Denota-se, ainda, que, no caso de menor de dezessete anos, embora reconhecida a prática delituosa, teria uma consequência, em tese, menos gravosa, no âmbito disciplinar.

O Código Penal da Armada, que também passou a ser aplicado à Aeronáutica³⁹ por força do Decreto-Lei nº 2.961, de 20 de janeiro de 1941, que criou o Ministério da Aeronáutica, foi revogado pelo Código Penal Militar,

38

<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FviwTodos%2F13987cdd6c7bd6a3032569fa006fb71b%3FOpenDocument%26Highlight%3D1%2C%26AutoFramed>

39

<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FviwTodos%2F16419267a6215904032569fa00613ded%3FOpenDocument%26Highlight%3D1%2C%26AutoFramed>

editado através do Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944, com amplitude às três Forças⁴⁰.

Por tal código, inovou o legislador ao estabelecer uma equiparação dos militares e assemelhados aos maiores de 18 anos, conforme o seu artigo 36:

Art. 36. Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Parágrafo único. Equiparam-se aos maiores de dezoito anos, os militares e assemelhados que ainda não tenham atingido a essa idade.

Cumprir destacar esta diferenciação em relação aos militares e assemelhados, pois, em que pese tratar-se de um Código Militar, é possível a aplicação a civis, o que justifica a necessidade, sob a ótica do legislador, de tal divisão.

Por fim, chega-se ao atual Código Penal Militar, criado em uma época em que o país era governado por uma Junta Militar, por meio do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969⁴¹.

40

<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FviwTodos%2F9de91e1077a7cc86032569fa00641d94%3FOpenDocument%26Highlight%3D1%2C6.227%26AutoFramed>

⁴¹ Acerca do momento histórico de edição do novo Código Penal Militar, valem os ensinamentos de Rodrigo César Rebello Pinho em relação à 7ª Constituição Brasileira, de 1969. Leciona o autor: *Embora o Texto Constitucional de 1967 tenha sido promulgado em época de desenvolvimento econômico, em razão da reorganização do sistema financeiro e produtivo, bem como da entrada maciça de capital estrangeiro no País, a época era de grande radicalização política. De um lado, o cerceamento das liberdades democráticas e a prática sistemática de tortura e perseguição política, com prisões ilegais, mortes e exílios. De outro, em resposta ao acirramento político-ideológico, guerrilha urbana e rural, assaltos a bancos, seqüestros de embaixadores etc. O governo militar, com a edição do Ato Institucional n. 5, de dezembro de 1968, concentrou ainda mais poderes nas mãos do Presidente da República, com a conseqüente restrição de direitos individuais e políticos. Em 1969, uma Junta Militar assumiu o poder, não aceitando que o Vice-Presidente Pedro Aleixo tomasse posse em razão da doença do Presidente Costa e Silva. Sob o pretexto jurídico de que nos períodos de recesso do Congresso Nacional, competia ao Poder Executivo legislar sobre todas as matérias, a Junta Militar promulgou a Emenda n. 1 à Constituição de 1967. O propósito do regime militar foi a inclusão do conteúdo dos atos institucionais na própria lei fundamental do Estado. Foram tantas as modificações introduzidas por essa emenda constitucional na lei de organização*

Embora o diploma legal em apreço procurará ser estudado mais detalhadamente, observa-se que, pelo contido no Código Penal Militar, a imputabilidade penal dá-se aos 18 anos, porém com a possibilidade de ser reduzida até os 16 anos, por aplicação ainda de uma teoria do discernimento e, aos militares, convocados e alunos de colégios militares ou outros estabelecimentos, tal equiparação já é automática⁴².

Procurando visualizar com mais clareza o panorama histórico por qual passaram as responsabilizações e imputabilidades penais, será demonstrado, por meio de um gráfico, o pensamento do legislador sobre tal temática.

Para a análise desse gráfico, serão realizados os comparativos entre leis infraconstitucionais, pois, como já visto, a maioria penal aos 18 anos só está presente na Constituição Federal de 1988. Será ainda “passado” o limite de 1988, em razão de disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, posterior à Carta Cidadã.

básica do estado brasileiro que prevaleceu o entendimento de que se tratava de uma nova Constituição. Como aponta José Celso de Mello Filho, ‘a questão da cessação da vigência da Carta de 1967, e sua conseqüente substituição por um novo e autônomo documento constitucional, perdeu o seu caráter polêmico, em face da decisão unânime do STF, reunido em sessão plenária, que reconheceu, expressamente, que a Constituição do Brasil, de 1967, está revogada (RTJ, 98:952-63)’. A principal característica dessa constituição era o art. 182 estabelecendo que continuavam em vigor o Ato Institucional n. 5 e os demais atos institucionais posteriormente baixados. Observa, com precisão, Jorge Miguel que “A Constituição de 69 é a anticonstituição”, pois o próprio Texto Constitucional admite a existência de duas ordens, uma constitucional e outra institucional, com a subordinação da primeira à segunda. Pela ordem institucional o Presidente da República poderia, como fez, sem qualquer controle judicial, fechar o Congresso Nacional, intervir em Estados e Municípios, suspender direitos, cassar mandados legislativos, confiscar bens e sustar garantias de funcionários, sobrepondo-se a direitos nominalmente tutelados pela ordem constitucional. (PINHO, Rodrigo César Rebello. Da organização do Estado, dos Poderes e histórico das Constituições – Sinopses Jurídicas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161-2).

⁴² Artigos 51 e 52 do Código Penal Militar.

Evolução dos parâmetros de imputabilidade no Brasil

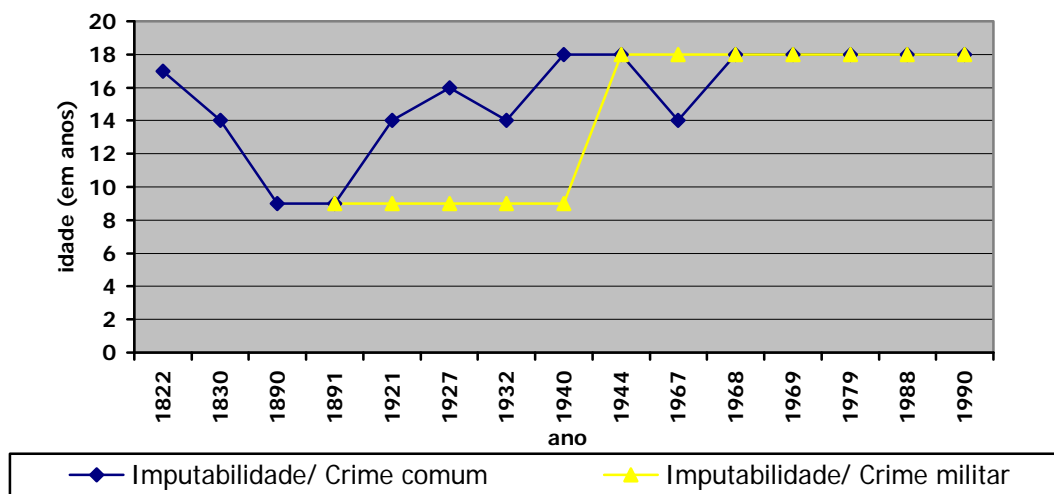


Gráfico 1. Evolução dos parâmetros de imputabilidade no Brasil, 2010.

Fonte: Acervo pessoal

Tal gráfico possibilita, de maneira figurativa, realçar o quanto os limites etários de imputabilidade variaram ao longo dos tempos do Brasil independente.

Ao analisá-lo, deve-se ter a prudência de associá-lo com os textos já expostos, pois não se encontram, nesse gráfico, os parâmetros de responsabilização (por exemplo – com o atual Estatuto, a inimputabilidade está refletida aos 18 anos, mas o adolescente de 12 anos já tem condições de ser responsabilizado) ou as equiparações existentes no Código Penal Militar ou, ainda, os fatores que envolviam o fator “discernimento”, reservado a uma análise do magistrado no momento de responsabilização.

2. MARCOS HISTÓRICOS E SITUACIONAIS

2.1. Das instituições

As Instituições Militares, previstas na Constituição Federal de 1988, podem assumir diversas funções. Em âmbito federal, denominadas por Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), subordinadas ao Ministério da Defesa, são as responsáveis pelas atividades de defesa da Pátria, consoante o disposto no art. 142 da Carta Magna⁴³. Já em âmbito estadual, subordinadas em última instância ao Governador do Estado, são formadas pelas Polícias Militares e, em determinados Estados, pelos Corpos de Bombeiros Militares (quando separados da Polícia Militar). No caso estadual, *às polícias militares cabem a polícia ostensiva e preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.* (art. 144, §5º, CF/88)

Os integrantes dessas Instituições, num primeiro momento, independentemente do grau hierárquico, são denominados “militares”⁴⁴, em âmbito federal, e “militares dos Estados”⁴⁵, em âmbito de Unidade Federativa.

São, em sua maioria, organizações centenárias, que têm a tradição como ponto marcante em sua característica. Os pilares de sua organização, previstos também na Lei Maior, são a hierarquia e disciplina.

O Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80) assim define hierarquia⁴⁶:

⁴³ CF/88. Art. 142. *As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*

⁴⁴ CF/88. Art. 142, §3º. *Os membros das Forças Armadas são denominados militares...*

⁴⁵ CF/88. Art. 42. *Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.*

Art. 14. (...)

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos e graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

Em relação ao outro pilar (disciplina⁴⁷) estabelece o mesmo diploma legal:

Art. 14. (...)

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Comentando, *lato sensu*, o que representa a disciplina, Michel Foucault ensina, contextualizado com o Panóptico⁴⁸, que:

⁴⁶ Para De Plácido, hierarquia militar é a *ordem disciplinar que se estabelece nas forças armadas decorrente da subordinação e obediência em que se encontram aqueles que ocupam postos ou posições inferiores em relação aos de categoria mais elevada. Na ordem militar, a obediência hierárquica constitui princípio fundamental à vida da instituição. Nesta razão, o não cumprimento dela, ou a transgressão à disciplina, constitui delito de suma gravidade.* (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 396). Por sua vez, o Regulamento Disciplinar da PMESP, Lei Complementar nº 893/01, assim estabelece, em seu art. 3º: *Hierarquia policial-militar é a ordenação progressiva da autoridade, em graus diferentes, da qual decorre a obediência, dentro da estrutura da Polícia Militar, culminado no Governador do Estado, Chefe Supremo da Polícia Militar.* Regulamentos Disciplinares como o do Exército (R-4 – Decreto 4346, de 26 de agosto de 2002) ou da Marinha (Decreto nº 88545, de 26 de julho de 1983), estabelecem, em artigo próprio, o referido conceito, de maneira semelhante.

⁴⁷ Para De Plácido, disciplina militar é *soma de preceitos que devem ser obedecidos por todos os componentes de uma corporação militar, em virtude dos quais todos devem respeito aos modos de conduta que deles decorrem.* (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 279). O já citado Regulamento Disciplinar da PMESP, assim estabelece no art. 9º que *a disciplina policial-militar é o exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e ordens, por parte de todos e de cada integrante da Polícia Militar.* Regulamentos Disciplinares como o do Exército (R-4 – Decreto 4346, de 26 de agosto de 2002) ou da Marinha (Decreto nº 88545, de 26 de julho de 1983), estabelecem, em artigo próprio, o referido conceito, de maneira semelhante.

⁴⁸ Assim o descreve Foucault: *o 'Panóptico' de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o*

A “**disciplina**” não pode se identificar com uma instituição nem com um aparelho; ela é um **tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo**, que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma “física” ou uma “anatomia” do poder, uma tecnologia. E pode ficar a cargo seja de instituições “especializadas” (as penitenciárias, ou as casas de correção do século XIX), seja de instituições que dela se servem como instrumento essencial para um fim determinado (as casas de educação, os hospitais), seja de instâncias preexistentes que nela encontram maneira de reforçar ou de reorganizar seus mecanismos internos de poder (um dia se precisará mostrar como as relações intrafamiliares, essencialmente na célula pais-filhos, se “disciplinam”, absorvendo desde a Era Clássica esquemas externos, escolares, militares, depois médicos, psiquiátricos, psicológicos, que fizeram da família o local de surgimento privilegiado para a questão disciplinar do normal e do anormal), seja de **aparelhos que fizeram da disciplina seu princípio de funcionamento interior** (disciplinação do aparelho administrativo a partir da época napoleônica), seja enfim de **aparelhos estatais que têm por função não exclusiva, mas principalmente, fazer reinar a disciplina na escala de uma sociedade (a polícia)** ⁴⁹. (negrito)

Todos os militares (entendendo-se também os militares dos Estados) estão sujeitos ao ordenamento legal vigente no país, incluindo-se aí o Código Penal Militar, sua norma adjetiva correlata, Código de Processo Penal Militar e os respectivos Regulamentos Disciplinares (instituídos por meio de Decretos Federais, Estaduais e Portarias de seus Comandantes). Além dessas normas, o militar que se encontra frequentando Escolas Militares, na condição de aluno, também fica sujeito, em regra, a normas escolares, que se vinculam a esta condição e têm como condão o reforço e refinamento da disciplina.

*exterior, permite que a luz atravessasse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. (...) Cada um, em seu lugar, está bem trancado em sua cela de onde é visto de frente pelo vigia; mas os muros laterais impedem que entre em contato com seus companheiros. É visto, mas não vê (...) E esta é a garantia da ordem. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 190).*

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 203 – 4.

2.1. Do ingresso e da possibilidade do adolescente militar

De acordo com o tipo de Instituição e cargo almejado, diversas são as formas de ingresso⁵⁰ de um cidadão em uma Corporação Militar.

O ingresso de caráter compulsório dá-se por meio da convocação ao serviço militar, de natureza obrigatória aos homens, nos ditames do art. 143 da Constituição Federal de 1988 e Lei 8.239/91 (que dispõe sobre a prestação de serviço alternativo ao serviço militar).

Não será aprofundado o estudo acerca dessa forma de ingresso, uma vez que, uma de suas condições, é a maioria penal do convocado, visto que seu alistamento ocorre no ano em que ele completa dezoito anos de idade e inicia a frequência no ano subsequente.

Por outro lado, o ingresso pode se dar por meio de voluntariado. Nesse critério, a gama de opções ao cidadão é vasta, e compreende desde aquele que realizará o ensino médio (ou ao menos o seu último ano) em uma Escola Militar, chegando até a exigência de determinada especialidade (como nos casos dos médicos).

A título de exemplo, procurar-se-á demonstrar, em âmbito das Forças Armadas e, em âmbito estadual, da Polícia Militar do Estado de São Paulo e em outras Unidades Federativas, alguns dos cursos existentes, com as respectivas Unidades de Formação e os requisitos básicos, vinculados à escolaridade e idade mínimas exigidas.

⁵⁰ Sobre os limites etários, a Constituição Federal de 1988 prevê tratamento específico aos militares, conforme se verifica em seu art. 142, § 3º, inciso X, que assim dispõe: *X – a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.* Quanto aos militares dos Estados, dispõe o texto constitucional no art. 42, §1º: *Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.*

2.2.1. Forças Armadas

2.2.1.1. *Marinha do Brasil*

O ingresso na mais antiga força militar do país pode se dar por meio do Colégio ou da Escola Naval. Pelo primeiro, o civil que desejar ingressar cursará, por três anos, na condição de aluno interno, o ensino médio, tanto que um dos requisitos é a conclusão do ensino fundamental. Ainda para o Colégio Naval, no aspecto etário, o candidato deve ter no mínimo 15 anos e no máximo 17 anos de idade no primeiro dia do mês de janeiro do ano de início do curso.

Já para a Escola Naval: o requisito é ter entre 18 e 23 anos, segundo grau completo e o curso de duração de quatro anos se dará na condição de Aspirante.

2.2.1.2. *Exército Brasileiro*

A Instituição Militar, responsável essencialmente pelas tropas terrestres da Nação, apresenta várias formas de ingresso. Dentre as que interessam para o campo de estudo, destacam-se: a Escola Preparatória de Cadetes do Exército – EsPCEEx, em que o cidadão cursará o terceiro ano do Ensino Médio nesta escola, já sob a condição de militar e, uma vez concluído, seguirá para a Academia Militar das Agulhas Negras – AMAN, onde são formados os Oficiais do Exército Brasileiro.

2.2.1.3. *Força Aérea Brasileira*

A mais recente Instituição Militar, dada a tecnologia com que emprega, também é diversa na sua forma de seleção a candidatos que desejam nela ingressar. Apresenta a Escola Preparatória de Cadetes do Ar, EPCAr, e Academia da Força Aérea, AFA. Na primeira, o candidato irá cursar o ensino médio na Escola. Nesta, o requisito de escolaridade é ter concluído o Ensino Fundamental e, quanto ao etário, não ter completado dezoito anos até o término do ano anterior de início do curso.

Já para a Academia, a escolaridade exigida é o ensino fundamental completo e o candidato não deverá ter completado 21 anos até 31 de dezembro do ano da inscrição.

2.2.2. Instituições Militares Estaduais

2.2.2.1. *Polícia Militar do Estado de São Paulo*⁵¹

Um dos maiores contingentes armados da América Latina, com aproximadamente 93.000 integrantes, apresentam três formas de ingresso em seus quadros.

Para aqueles que desejam seguir carreira no Círculo das Praças, iniciando-a na graduação de Soldado PM, deverão prestar concurso e apresentar, dentre outros requisitos, o Ensino Médio completo, ter entre dezoito e trinta anos de idade e estar com a situação militar regularizada (este último somente para os de sexo masculino).

⁵¹ Ao longo deste trabalho, serão focadas as Instituições Federais e, em âmbito estadual, em especial, a Polícia Militar Paulista, face o seu contingente significativo, a existência de adolescentes na condição de militares em seus quadros e a experiência profissional do autor, que a ela pertence.

Já para aqueles que desejam galgar os graus do Oficialato da Corporação, é realizado concurso e, dentre os requisitos apresentados, há a apenas o limite máximo de idade (26 anos), de tal sorte que, se o candidato já tiver concluído o Ensino Médio, poderá concorrer ao processo seletivo e efetivar-se no cargo, na condição de Aluno-Oficial PM (conhecido como “Cadete”).

Neste caso, o Cadete, ao formar-se, estará apto a exercer as funções de Oficial da Instituição, iniciando a sua trajetória na graduação de Aspirante a Oficial (que representa e tem valor de estágio probatório de verificação das condições do exercício do Oficialato) e galgará, de acordo com o seu mérito, os postos seguintes, podendo chegar até o posto de Coronel PM (último nível hierárquico).⁵²

O resumo descrito na *home page* da Academia de Polícia Militar do Barro Branco, que, no ano de 2010, possuía 8 (oito) alunos-oficiais com idade inferior a dezoito anos, dá uma noção do que representa o curso e seus objetivos:

Com uma grade curricular que ultrapassa 6.200 horas/aula, a Academia de Polícia Militar do Barro Branco busca por meio de variadas técnicas de ensino aliadas as mais diversas metodologias de aprendizagem, formar indivíduos capazes de exercerem de maneira profissional, íntegra, eficiente, legal, ética e moral as funções advindas do oficialato, as quais vão ao encontro com a ideologia de suprir as necessidades sociais e resguardar o interesse público de manutenção da ordem pública.

Tal objetivo é desenvolvido através da excelência, já vista na organização do corpo docente que, desde o período de formação dos profissionais de segurança pública, conta com especialistas da própria área de segurança, bem como de

⁵² Apenas a título de curiosidade, os graus hierárquicos da Polícia Militar Paulista (e das demais Polícias Militares, de forma praticamente idêntica) são: Soldado PM, Cabo PM, 3º Sargento PM, 2º Sargento PM, 1º Sargento PM, Subtenente PM (encerrando-se aqui o quadro de Praças). Na Sequência, tem-se as denominadas praças especiais, que compreendem o Aluno Oficial PM (em seus quatro anos de formação) e Aspirante Oficial PM. Iniciando o quadro de Oficiais, tem-se o 2º Tenente PM, 1º Tenente PM, Capitão PM, Major PM, Tenente Coronel PM e Coronel PM. Para ser 3º Sargento PM, é necessário um curso de 8 meses e meio, na Escola Superior de Sargentos. Para ser 1º Sargento PM, um curso de 3 meses e meio, na mesma Escola. Para tornar-se um Oficial, conforme já explicitado, o curso é de quatro anos e, para galgar o posto de Major PM, faz-se necessária a realização de um Curso no Centro de Altos Estudos Superiores da Instituição, em equivalência a Mestrado Profissional e, para o último posto, um curso em nível de Doutorado.

profissionais do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Polícia Técnico-Científica e outras áreas de conhecimento, como filosofia, sociologia, informática e administração.

A escolha dos docentes civis se faz através de concurso público, no qual os melhores classificados passam por entrevistas e realizam palestras a fim de que se possa mensurar o grau de conhecimento dos mesmos e assim verificar, dentre eles, quais que melhor se encaixam no perfil de futuro instrutor do cadete.

Por meio de diversas etapas de testes, das quais mais notoriamente o vestibular da FUVEST, o indivíduo que conquistou sua vaga dentro do limite de vagas estabelecidos, passa então por uma árdua fase de adaptação, onde será testada sua capacidade de resistência à frustração, sua força de vontade, sua destreza, sua coragem ao se deparar com novos desafios e ainda seu companheirismo ao ver-se lado a lado com pessoas as quais terá de conviver pelo resto de sua carreira.

Transcorrido o período de adaptação, iniciam-se as aulas, que ministradas pelos docentes acima mencionados, terão como enfoque a especialização do cadete, nutrindo-o com o embasamento jurídico necessário para a realização de suas futuras funções como Oficial da Polícia Militar.

O embasamento jurídico ensinado aos alunos é variado, no que tange a utilização de diversos doutrinadores de elevado renome no meio jurídico nacional e internacional, além de cientistas políticos os quais fornecem diversas linhas de raciocínio a serem discutidas a fim de gerar no aluno o espírito crítico, necessário para o estabelecimento funcional do contato social com as diversas camadas da sociedade.

Além de todo o conteúdo jurídico, o cadete aprende sobre a estrutura da instituição Polícia Militar, a fim de que o mesmo entenda o seu papel dentro da instituição e quais as eventuais possibilidades de melhoria o futuro comandante pode fornecer para a evolução de toda a milícia bandeirante.

Tendo então o conhecimento teórico, jurídico e organizacional, o cadete passa a ter contado com aulas práticas de policiamento, aplicando, assim, todo o conhecimento adquirido em aulas temáticas e em simulações do cotidiano social, procurando dirimir eventuais dúvidas a fim de evitar a má realização de suas atividades futuras.

Ainda é visto em tais aulas que todos os procedimentos ministrados possuem seu próprio ordenamento previsto pela administração pública, mais nitidamente na Polícia Militar, o que traz um alto grau de segurança na atuação e na condução e desenrolar das aulas práticas observadas.

A procura pela perfeição atravessa os limites educacionais e transcorre o domínio pessoal do aluno, o qual passa por diversos estágios de convívio social, sendo sempre observado por seus superiores, os quais determinam quais são os traços mais fortes do respectivo indivíduo, buscando sempre salientar os pontos a serem corrigidos e aqueles traços positivos que precisam ser mais bem incorporados.

Ao término, temos então o objetivo final de toda essa fonte de sabedoria, que é o nascer de um novo comandante, o qual buscará de forma incessante lutar através da lei, da moral e da ética, assegurar a todos a ordem e a justiça.⁵³

E, ao traçar os objetivos desta formação, de uma forma um pouco mais sintética, dispõe o sítio eletrônico desta Escola:

A arte de comandar pessoas, o processo de análise e administração de processos, além da habilidade de sabatinar quanto as recentes discussões de nossa sociedade, advêm de todo uma gama de conhecimentos galgados durante todo o período de aprendizagem, os quais tornam-se eficientes na resolução de problemas pertinentes à preservação da ordem pública, bem como de problemáticas jurídicas as quais envolvem a atuação especializada de autoridades de polícia ostensiva.

Através dos regulamentos e normas de nossa corporação policial militar e de doutrinas utilizadas internacionalmente como meios alternativos da realização do ato de prevenção dos ilícitos penais, civis e administrativos, a Academia do Barro Branco encontra meios e ferramentas que garantem a preservação da ordem pública.

Mais do que isso, a Academia de Polícia Militar do Barro Branco busca formar indivíduos que sigam os valores calcados nessa nobre casa, sendo estes a Honra, o Saber e a Ética.

Curso – CFO

A Academia de Polícia Militar do Barro Branco tem como objetivo formar, por meio do Curso de Formação de Oficiais (CFO), com embasamento teórico e prático, o profissional, cujo posto inicial é o de aspirante a oficial, a fim de que o mesmo esteja capacitado a comandar, instruir, capacitar e especializar os membros das fileiras da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Os formandos do CFO, além de integrarem o Quadro de Oficiais da PMESP, tornam-se detentores do título de Bacharéis em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública, título o qual os torna aptos a serem os precursores nas pesquisas relacionadas à área de segurança pública.⁵⁴

53

<http://www.policiamilitar.sp.gov.br/abrirframes.asp?PAGINA=http://www.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/apmbb>

54

<http://www.policiamilitar.sp.gov.br/abrirframes.asp?PAGINA=http://www.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/apmbb>

Para graduar-se no curso de Bacharelado⁵⁵ de Ciências da Segurança Pública (antigo Curso de Formação de Oficiais), o aluno-oficial deve frequentar os bancos escolares por quatro anos e terá, em seu currículo, matérias ligadas ao Direito, às técnicas policiais e as demais atividades exercidas pela Instituição, Direitos Humanos, policiamento comunitário, dentre outras, conforme se verifica no anexo I deste trabalho.

Convém lembrar que um cidadão tem condições de concluir o Ensino Médio ou equivalente com dezesseis ou dezessete anos de idade.⁵⁶

A terceira possibilidade já diz respeito aos oficiais vinculados à área de saúde, que concorrerão a vagas dentre as suas especialidades (Medicina, Odontologia, Farmácia e Veterinária), mas que apresentam, como requisito, a formação na área almejada.

Quanto à primeira possibilidade (ingresso como Soldado PM), o curso realiza-se na Escola Superior de Soldados e, em relação às segunda e terceira possibilidades, na Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

⁵⁵ Os cursos da Polícia Militar do Estado de São Paulo têm o reconhecimento em nível superior, conforme preceitua a Lei Complementar Estadual nº 1036, de 11 de janeiro de 2008.

⁵⁶ Dispõe a Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da educação nacional) e alterações:

Art. 32. *O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...)*

Art. 35. *O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades:*

I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;

II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;

III - o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;

IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina. (...)

Art. 83. *O ensino militar é regulado em lei específica, admitida a equivalência de estudos, de acordo com as normas fixadas pelos sistemas de ensino.*

2.2.2.2. Demais Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares⁵⁷

Situação análoga à da Polícia Militar do Estado de São Paulo pode ocorrer em outras instituições militares estaduais.

Em Minas Gerais, não é possível, nos moldes atuais, entrar na condição de adolescente, sendo exigida a idade mínima de dezoito anos. Já no Rio Grande do Sul, a denominada Brigada Militar apresenta, para o ingresso como oficial, a exigência do Bacharelado em Ciências Jurídicas, o que inviabiliza a sua conclusão e o ingresso como adolescente, mas, para o ingresso como soldado, há apenas o limite máximo, que é de 25 anos de idade.

No Estado do Paraná, a idade mínima exigida para ingresso na Academia, buscando o Oficialato, é de 17 anos, assim como no Mato Grosso.

Nos Estados do Maranhão e Acre, não há estipulação de idade mínima, tal como em São Paulo, sendo que há limites máximos de 28 e 30 anos, respectivamente.

Já na Paraíba, o adolescente tem condições de submeter-se ao processo seletivo, porém deve completar, no ano de sua matrícula, dezoito anos (não podendo ultrapassar a idade de trinta anos).

Em Santa Catarina, não é possível a incidência de o adolescente ser militar, pois, para o ingresso, tanto para oficial como para soldado, exige-se a idade mínima de dezoito anos, sendo que para o primeiro, é necessário o bacharelado em Ciências Jurídicas e, para o último, o curso em qualquer área do conhecimento.

No Espírito Santo, onde a Instituição do Corpo de Bombeiros não integra a Polícia Militar, mas tem o caráter de militar também, a idade mínima exigida é de 17 anos e a máxima de 25 anos.

⁵⁷ Embora todos os Estados da Federação possuam Polícias Militares, o rol apresentado é apenas exemplificativo. Por dificuldades na obtenção de dados das demais Polícias (acesso à legislação, editais não abertos ou burocracia excessiva para obtenção de tais informações), apresenta-se a situação das Polícias Militares citadas, que dá uma dimensão do objeto de estudo.

A tabela a seguir demonstrará, esquematicamente, os critérios (etários ou não) para o ingresso nas instituições citadas.

Instituição	Critério etário	Outros critérios
Marinha do Brasil	Mínimo 15 e máximo 18 anos (Colégio Naval)	
Exército Brasileiro		Cursará o 3º ano do Ensino Médio (EsPCEEx)
Força Aérea Brasileira		Cursará o Ensino Médio (EPCAr)
Polícia Militar do Estado de São Paulo	Máximo 26 anos	Possuir o Ensino Médio
Polícia Militar de Minas Gerais	Mínimo 18 anos	
Brigada Militar do Rio Grande do Sul		Ser bacharel em Ciências Jurídicas
Polícia Militar do Paraná	Mínimo 17 anos	
Polícia Militar do Maranhão	Máximo 28 anos	
Polícia Militar do Acre	Máximo 30 anos	
Polícia Militar da Paraíba	Mínimo 18 anos no ano da matrícula	
Polícia Militar do Mato Grosso	Mínimo 17 anos e máximo de 24 anos, no ano da matrícula	
Polícia Militar de Santa Catarina	Mínimo 18 anos	Para oficial, ser bacharel em Direito e para soldado em qualquer área do conhecimento.
Corpo de Bombeiros Militar do Espírito Santo	Mínimo 17 e máximo 25 anos.	

Tabela 1. Critérios de ingresso nas Forças Armadas e em determinadas Instituições Militares Estaduais, 2010.

Fonte: Acervo pessoal

2.3. Do regime militar

Demonstrar os princípios que regem as Instituições Militares tem apenas, como objetivo, situar a estrutura a que um jovem adolescente militar passa a estar inserido.

Com isso, procura-se contextualizar todo um processo, que se inicia na sua entrada, em regra por vontade própria, cuja trajetória pode ser demarcada por severo rigor de padrão de comportamento, acompanhamento constante de suas condutas internas e, externamente, de seu cotidiano. Vale lembrar que tais normas não têm alcance limitado apenas a quando o militar encontra-se de serviço ou no interior de um quartelamento. Elas também abrangem a conduta do militar em seus momentos de folga, na sua condução familiar, nos locais que frequenta etc.

Assim, considerar, brevemente, o momento e as condições que passam a ser exigidas deste adolescente, torna-se um importante ponto de análise da aplicação de medidas disciplinares, que serão estudadas ao longo da pesquisa.

3. DA INTEGRAÇÃO ENTRE AS NORMAS

3.1. Dos lapsos do legislador na atualização das normas penais e processuais penais militares

Pretende-se, nesta fase do trabalho, situar o comportamento do legislador pátrio no que diz respeito ao Direito Militar e suas implicações, focando-se no adolescente militar. Isso possibilitará, ao menos, ter mais elementos de reflexão para uma análise sobre o que de fato poderia o legislador ter como intenção ao estabelecer determinada norma ou o que, na realidade, não passou de mero “esquecimento”, ou seja, até onde o objetivo do legislador é manter determinado *status quo* ou até onde simplesmente a omissão do legislador aparentou ser completamente involuntária, decorrente da não observação de uma diferenciação entre ordenamentos penalizantes e os seus reflexos para determinados segmentos vinculados a tais normas.

É sabido que a dinâmica do direito existe e assim deve ocorrer. Uma norma jurídica, dentre outras características, deve ter a sua adequabilidade de aplicação e adaptação à evolução da sociedade.

Denota-se isso claramente quando, em tempos recentes, são discutidas legislações que tratam de avanços tecnológicos (células-tronco, crimes cibernéticos), novas modalidades de condutas delituosas (*modus operandi* diferenciados, objetivos criminosos mais novos) ou até novos pensamentos da sociedade sobre assuntos até então tratados como tabus (como é o caso da união homoafetiva).

Outro ponto crucial do avanço da legislação nacional é a adaptação do país às demandas mundiais. Verificam-se tais situações em análises de pactos internacionais, tratados comerciais e outras posturas que envolvem o relacionamento do Brasil com as demais Nações.

Assim, são comuns as alterações que o legislador pátrio promove em seu ordenamento jurídico, visando, dentre outros, aos objetivos já mencionados.

Um dos ramos que diretamente é objeto das alterações legislativas é o do Direito Penal, em sua acepção substantiva e subjetiva.

Neste diapasão, pode-se dizer, fugindo da técnica jurídica, que tal ramo está correlato, com mais proximidade, a outros ramos, dentre eles o do Direito Militar.

O Direito Militar, por divisão doutrinária e facilitadora de sua compreensão, tal qual o Direito Penal “comum”, apresenta também sua divisão em Direito Penal Militar e Direito Processual Penal Militar⁵⁸.

Apenas para situar a cronologia, há de se lembrar que o Código Penal foi editado em 1940, o de Processo Penal em 1941, ao passo que os Códigos Penal e Processo Penal Militar são de 1969.⁵⁹

Por uma superficial leitura dos diplomas em questão, embora editados em épocas diferentes, pode-se dizer que, em suas estruturas principais, tais códigos, de acordo com os seus correspondentes, por vezes transpareciam-se como “irmãos siameses” consoante a sua estrutura e, inclusive, denominações, apresentando como principais pontos diferenciadores a questão das terminologias de caserna e determinados crimes, em especial os propriamente militares.

Assim, de plano, serão elencados alguns pontos que, em suas origens, guardavam identidade entre as normas e que, no transcorrer do tempo, sofreram alterações apenas em uma de suas vertentes.

⁵⁸ Pode-se também lembrar do Direito Administrativo Disciplinar Militar mas, por apresentar fortes características ligadas, conforme a sua denominação, ao Direito Administrativo, que tem uma relevância maior da influência doutrinária sobre a sua estrutura, não será abordado no momento.

⁵⁹ Há de se lembrar que houve a edição do Código Penal de 1969, considerado como “natimorto”, uma vez que não foi posto em execução até a sua revogação, de forma expressa, somente na década de 70, por meio da Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978.

Inicialmente, a fim de não alongar em demasiado através da história, será tomada como ponto de partida a grande reforma geral do Código Penal de 1984. Tal reforma, substancial, talvez tenha sido uma das grandes alterações songadas ao ordenamento castrense. Longe de estudar os seus impactos e alterações, verifica-se uma importante mudança estrutural: a adoção de uma teoria diferenciadora entre o Direito Penal comum, se assim o possa ser denominado, e o Militar. Assim, como consequência desta reforma, neste aspecto, tem-se a adoção da teoria finalista do crime vigorando no Código Penal e a manutenção da teoria causalista, no Código Penal Militar. Ou seja, *prima facie*, já se passa a conceituar crime e estudar a sua culpabilidade de maneira diversa, para dois ordenamentos de cunho penal, demonstrando o impacto desta alteração apontada.

Observando a Carta Magna, cuja análise será melhor realizada em outro momento, pode ser citada a Lei dos Crimes Hediondos. Aparentemente, sem influência sobre um Código Militar, ao realizar a sua análise, quando da descrição dos que são considerados crimes hediondos, em seu artigo 1º, figura-se, como rol taxativo⁶⁰, quais são, e a correspondência, não só pela rubrica do crime, mas sim por sua numeração no Código Penal. Neste sentido, chega-se a uma interessante situação: um militar que venha a matar outro, com a incidência de qualificadoras ou que, eventualmente, venha a matar um civil, estando sobre as hipóteses do artigo 9º do Código Penal Militar (em um local sobre administração militar, por exemplo), apesar do caráter grave de sua conduta, a ponto de ser considerada hedionda, conforme quis o legislador, não terá sua conduta assim classificada.

Outra situação que o legislador, ao editar sua norma, omitiu quanto à aplicação ou não, mas que depois reparou, externando os seus objetivos: quando da edição da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em 1995, caracterizando determinadas condutas como de “menor potencial ofensivo”, tal ordenamento passou a ser aplicado no âmbito da Justiça

⁶⁰ É a lição de Victor Eduardo Rios Gonçalves, em *Legislação Penal Especial – Sinopses Jurídicas*. Ed. Saraiva, 4. ed, 2007, p. 2: *em nossa legislação, o caráter hediondo depende única e exclusivamente da existência de previsão legal reconhecendo essa natureza para determinada espécie delituosa. Com efeito, o art. 1º da Lei n. 8072/90 apresenta um rol taxativo desses crimes, não admitindo ampliação pelo juiz.*

Castrense até 1999, quando, por meio da Lei 9.839/99, foi acrescentado à lei 9.099/95, o artigo 90-A, que estabeleceu que tal lei não se aplicava no âmbito da Justiça Militar.

Percorrendo os exemplos mais relevantes que envolvem as alterações nos ordenamentos penais e processuais penais, chega-se nas modificações realizadas pela Lei 11.113/05, que trouxe mudanças ao rito da prisão em flagrante delito, principalmente no que diz respeito à elaboração do auto, apresentação à autoridade e outras formalidades. Os artigos nas leis adjetivas eram praticamente idênticos e, para surpresa, o legislador apenas operou a mudança na lei comum, não provocando tais atualizações na lei militar.⁶¹

Ainda na linha processual, outras duas leis, editadas em 11.449/07⁶² e 11.690/08, passaram a estabelecer a obrigatoriedade de nomeação de defensor público, no caso da não indicação de advogado, após 24 horas da confecção do Auto de Prisão em Flagrante Delito e, a segunda, ao alterar aspectos da produção de provas, destacando-se, dentre outros, a necessidade de um só perito atestando laudo etc. Por mais uma vez, o nosso legislador estabeleceu que tais alterações deveriam ser apenas no âmbito comum, deixando à margem o ordenamento militar. Justificativas? Não teria o militar a necessidade de um defensor acompanhando o seu caso, quando em uma prisão em flagrante? Teria um exame de corpo de delito ser atestado por dois peritos, necessariamente, quando relacionado a um crime militar? Parece, novamente, ter ocorrido um lapso legislativo.

Retornando ao aspecto material, aponta-se um aparente conflito de normas quando da análise de alguns tipos penais, tais como determinados crimes de trânsito (artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro e artigo 279 do

⁶¹ No Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça Militar, por meio do Provimento 002/05 - CG, publicado nos DOJ nº 171 e 173, de 12 e 14 de setembro, respectivamente, aplicando, em síntese, critérios de analogia, determinou que o rito processualístico da elaboração do APFD seguisse os novos ditames da Lei 11.113/05.

⁶² Cf. em SANTOS, Alexandre Andrade dos. *Aplicabilidade da lei 11449/07 no ordenamento processual penal militar*, disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/aplicabilidadelei11449.pdf>

CPM), a questão do tráfico e uso de entorpecentes e suas brandas ou graves consequências (artigos 28 e 33, especialmente, da Lei 11.343/06 e artigo 290 do CPM) ou, mais recentemente, as modificações referentes aos crimes contra a dignidade sexual (Lei 12.015/09), exemplificando-se, mais especificamente, o tipo penal do estupro.

No que diz respeito aos crimes de trânsito, estabeleceu o legislador condutas-crime, como, por exemplo, conduzir veículo em estado de embriaguez. Ou, ainda, as lesões advindas de um acidente de trânsito, com veículo automotor. Para uma análise de aplicação, devem ser lembrados os dispositivos do Código Penal Militar que tratam da matéria, sob as rubricas “lesão leve, lesão grave, lesão levíssima e lesão culposa” e “embriaguez ao volante (destacando-se que ainda há condutas correlatas como *perigo resultante de violação de regra de trânsito*)”, constantes dos artigos 209 e 279, respectivamente, desse diploma legal.

Neste sentido, pode-se citar o Provimento nº 003/05 - CG, publicado no DOE nº 211, p. 249, de 11 de novembro de 2005, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo que, visando dirimir esse tipo de dúvida acerca da aplicação de qual código e, conseqüentemente, de quais posturas a serem tomadas, ou seja, por parte da polícia judiciária comum ou militar, estabeleceu que:

Orientação Normativa – Acidente de Trânsito

(...)

Considerando que compete à Polícia Judiciária Militar a apuração dos crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar e sua autoria, nos termos da letra “a” do artigo 8º do Código de Processo Penal Militar;

Considerando as definições de crime militar constantes no Código Penal Militar, em especial no inciso II do artigo 9º;

Considerando a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser de competência da Justiça Militar processar e julgar acidente de trânsito envolvendo viatura militar, ainda que a vítima seja civil (RE 146.816-5/SP, HC 53.379/RJ, RE 135.195-1/DF, RHC 70.359-3/DF);

Considerando o teor das decisões do Egrégio Superior Tribunal Militar, que afirma não ter havido derrogação de dispositivo algum do Código Penal Militar em decorrência da vigência do Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que tutelam bens jurídicos diversos (Recurso nº. 6520-8/MG,

Recurso nº. 6521.6/MG, Recurso nº. 6537-2/RJ, Recurso nº. 7063-5/RJ e Recurso nº 7098-8/RJ);

Considerando o conteúdo das decisões do Egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, no sentido de inexistir conflito de normas entre o Código Penal Militar e o Código de Trânsito Brasileiro, eis que tutelam bens jurídicos distintos e ainda o entendimento de que as viaturas, trailers e unidades móveis são consideradas como lugares sujeitos à administração militar (Recurso em Sentido Estrito nº. 974/05, Recurso Inominado nº. 030/04, Recurso Inominado nº. 035/04, Recurso Inominado nº. 036/04 e Recurso Inominado nº. 037/04);

RESOLVE:

Art. 1º - Compete à Polícia Judiciária Militar a apuração de fatos decorrentes de acidentes de trânsito envolvendo veículos automotores de propriedade ou sob responsabilidade da Polícia Militar do Estado de São Paulo, caracterizados ou não, não importando a qualificação das vítimas.

Art. 2º - Compete ao Juiz de Direito do Juízo Militar Estadual a análise e decisão sobre a existência do crime e sua natureza, nos termos da legislação vigente.

(...)

Outra conduta, incomum, mas não de total raridade, é a questão que envolve o uso e tráfico de entorpecentes. Aqui, já existe, em sede recursal, até o posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal⁶³, ao pronunciar-se sobre situação em que um militar, no interior de sua unidade, fazia uso de entorpecentes, restando a dúvida sob qual legislação estaria incorrendo tal militar e suas consequências. E, nesse caso, como destoam tais consequências!

⁶³

DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. O art. 290 do Código Penal EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO PREVISTO NA LEI N. 11.343/06: LEI MAIS BENÉFICA: NÃO-APLICAÇÃO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRECEDENTES. PRINCÍPIO Militar não sofreu alteração pela superveniência da Lei n. 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim, o da especialidade. O fundamento constitucional do crime militar é o art. 124, parágrafo único, da Constituição da República: tratamento diferenciado do crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar. 2. Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal reverencia a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes. 3. Habeas corpus indeferido. (HC 92462 / RS - Relatora: Min. CÂRMEN LÚCIA. Julgamento: 23/10/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007; DJ 09-11-2007 PP-00058 EMENT VOL-02297-03 PP-00497)

A guisa de exemplo, se eventualmente entender-se que tal militar deve ser responsabilizado sob a égide da Lei 11.343/06 e, sendo este considerado “usuário”, pode-se ter, como “apenamento”, *advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo* e, ainda, por determinação judicial, indicação do tratamento ambulatorial de desintoxicação, conforme prevê o artigo 28. Por outro lado, ao tipificar tal conduta no artigo 290, do CPM, este estabelece, conforme se verifica abaixo, no mesmo tipo penal, tanto a conduta do uso, quanto à do tráfico, dentre outras. E com um detalhe: se para uma conduta de tráfico, a pena possa parecer pequena, em relação à da Lei de Drogas, para a conduta do usuário há um apenamento extremamente gravoso, em face da nova lei. E, como visto, a Suprema Corte deliberou sobre a vigência do CPM, num conflito de “leis especiais”, o qual será melhor esmiuçado adiante.

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.

Casos assimilados

1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:

I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

II - o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

Forma qualificada

2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Por fim, nessa seara de situações trazidas como alterações na lei penal comum, que outrora possuía entendimento idêntico à lei militar, expõe-se o novo crime de estupro, trazido pelas alterações da Lei nº 12.015/09. Destaca-se que o estupro está previsto no artigo 232 do CPM, cuja conduta é assim tipificada: *Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*. E o que trouxe a nova lei? Dentre diversas modificações, simplesmente passou a admitir que uma pessoa, do sexo masculino, figure no polo passivo do crime, situação esta atípica no ordenamento militar.

Esse rol exemplificativo até então citado apenas teve o condão de trazer à baila, mediante análise, o quanto as legislações comuns e militares estão distantes entre si. Pode-se, de acordo com o momento, compreender a existência de um lapso legislativo ou, ainda, também levar em conta as peculiaridades do ordenamento militar.

E, ainda, neste sentido, algumas decisões que procuram, de certa forma, dar um “norte” sobre esse conflito.

Assim, surge a necessidade de realizar um breve estudo sobre a co-existência do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Penal Militar, normas que, em termos de hierarquia das leis, encontram-se no mesmo patamar, mas que tutelam, em regra, bens jurídicos distintos.

3.2. Dos bens jurídicos tutelados

3.2.1. Considerações iniciais

Toda a legislação penal, seja ela comum ou militar, tem a sua finalidade.

A finalidade do ordenamento penalizante confunde-se com a própria finalidade do Direito, ou seja, é a garantia da paz, da harmonia da vida

em sociedade, ou como ensina Miguel Reale, o *Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade.*⁶⁴

É por meio das normas jurídicas penais que o Direito estabelece os limites de condutas do homem, impondo restrições a estas e, conseqüentemente, aplicando as devidas sanções.

Para que a norma seja norteadada sob o que proteger e para que proteger, tem-se então os chamados bens jurídicos, ou seja, o que é de interesse da norma penal a ser protegido. O que é que, uma vez protegido, ou determinada a sanção a quem o inflige, faz com que sejam garantidos os princípios para os quais aquela norma foi criada e os seus objetivos.

De Plácido e Silva conceitua bem jurídico como o que se diz *da coisa, material (valor econômico) ou imaterial (interesse moral), que constitua ou possa constituir objeto de direito.*⁶⁵

3.2.1.1. *Bens jurídicos comuns*

Na legislação penal comum, exemplificam-se como bens jurídicos a vida, a integridade física, o patrimônio, a fé pública, a liberdade de opinião etc. Percebe-se que tais bens jurídicos constam direta ou indiretamente na Constituição Federal, que, por exemplo, dispõe o art. 5º que *todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*. Com isso, a lei penal torna crime as condutas que venham a afrontar determinado bem jurídico. Ex.:

⁶⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 2

⁶⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 118

artigo 121 – homicídio (bem jurídico protegido: vida); artigo 129 – lesões corporais (bem jurídico protegido: integridade física); artigo 155 – furto (bem jurídico protegido: patrimônio); artigo 210 – violação de sepultura (bem jurídico protegido: sentimento de respeito aos mortos); artigo 213 – estupro (bem jurídico protegido: liberdade sexual) etc.

3.2.1.2. *Bens jurídicos militares*

A legislação penal militar, por sua vez, também protege bens jurídicos próprios. Acompanhando a divisão dos crimes militares (próprios e impróprios), poderiam ser divididos em bens jurídicos militares primários e secundários.

Em relação aos bens jurídicos secundários militares, pode-se considerar os que já são tutelados pela própria lei penal comum, valendo dos exemplos já citados, pois, em regra, estão inseridos aos crimes impropriamente militares, que são, em sua essência, crimes complexos, por protegerem dois ou mais bens jurídicos (*é aquele que se constitui ou se integra pela prática de ação ou omissão de vários fatos ou pela execução de vários atos, de natureza diferente, isto é, que possam ser encarados de per si, mas que se constituíram em violação a vários direitos, baseadas numa só intenção*⁶⁶).

Ocorre que, para uma perfeita existência e *regularidade das instituições militares*,⁶⁷ muitas vezes concomitantemente, ou isoladamente, tais bens jurídicos passam a ser tutelados com bens jurídicos próprios, específicos, alvos da tutela penal militar.

Assim, em alguns casos, tem-se, em um primeiro momento, um bem jurídico secundário (ao Código Penal Militar), como por exemplo a vida, no crime previsto de homicídio em seu artigo 205, cuja proteção e escopo da lei penal militar é, além de proteção desta, o perfeito funcionamento de uma

⁶⁶ SILVA, De Plácido e. *op. cit.*, p. 232

⁶⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de direito penal militar*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2005, p.16

Instituição, de tal sorte que, a ocorrência desse crime envolvendo integrantes da Instituição, abalaria a sua estrutura ou, ainda, o seu respeito e credibilidade, numa hipótese de vítima civil.⁶⁸

Os bens jurídicos primários militares também podem, direta ou indiretamente, ser encontrados na Constituição Federal ou em legislação infraconstitucional.

Os princípios da hierarquia e disciplina regem todas as instituições militares. São considerados pilares-mestres. O artigo 42 da Carta Magna, ao estabelecer a condição dos policiais e bombeiros militares, assim prevê:

Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na **hierarquia e disciplina** (...) (grifo do autor)

Ou, ainda, ao citar o artigo 9º do Código Penal Militar, cuja leitura é obrigatória para a caracterização do crime militar:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:
a) **por militar em situação de atividade** ou assemelhado, **contra militar na mesma situação** ou assemelhado;
b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em **lugar sujeito à administração militar**, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
c) **por militar em serviço ou atuando em razão da função**, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;
d) por militar durante o período de **manobras ou exercício**, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, **contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar**;

⁶⁸ *Ibid.*, p.16

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, **contra as instituições militares**, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) **contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;**

b) **em lugar sujeito à administração militar** contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra **funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar**, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em **formatura**, ou durante o **período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;**

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, **contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária**, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum. (grifos do autor)

Trata o referido artigo dos crimes militares em tempo de paz⁶⁹. Denota-se que o legislador quis, já na parte geral do Código Penal Militar, estabelecer as linhas mestras a serem protegidas por esta legislação, em que, de maneira expositiva, sem tratar diretamente da conduta “A” ou “B”, já se tem a possibilidade do entendimento do crime militar, independentemente do entendimento acerca de crime próprio ou impróprio.

Estabelecendo um paralelo com o artigo 9º, retoma-se a já exemplificada conduta do crime de homicídio, previsto no artigo 205 do Código Penal Militar. O tipo penal do referido artigo é idêntico ao disposto no artigo 121 do Código Penal, ou seja, *matar alguém*. O que faz, então, a lei penal militar tutelar proteção à vida, se a lei penal comum já prevê a referida proteção? O que torna tal conduta passível de enquadramento como crime militar e, conseqüentemente, alvo de proteção do Direito Militar?

⁶⁹ Como será adiante verificado, já se denota que as possibilidades de um crime ser considerado militar abrangem situações entre os militares e civis e entre os próprios pares. No caso, situações de violência entre os pares, embora de baixa incidência, podem ser verificadas, de acordo com os julgados nos Tribunais Militares.

A resposta procurada é encontrada no artigo 9º do Código Penal Militar. Assim, para que a conduta de *matar alguém* seja considerada crime militar, deve encontrar subsunção em alguma hipótese prevista no artigo 9º, ou seja, por exemplo, deverá ser perpetrada por um militar da ativa contra um militar da ativa ou por um militar em serviço ou agindo em razão da função contra um militar da reserva.

Verifica-se então que, quando tal conduta é classificada como crime militar, é o equivalente ao pensamento de que, tal conduta atingiu o bem jurídico vida, porém, por estar em uma das hipóteses do artigo 9º do Código Penal Militar, também atingiu, mesmo que indiretamente, a Instituição Militar⁷⁰, uma vez que a razão desta é a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, a qual foi arrostada no próprio seio da Instituição, ao deparar com este crime contra a vida.

3.2.2. Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente

Considerando-se que é o bem jurídico que objetiva a norma, visando a sua proteção e, ainda, levando-se em conta que se comunga da vertente doutrinária de extrema proximidade ao Direito Penal, pode-se dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente visa, dentre outros, à proteção e tutela dos bens jurídicos compreendidos, *lato sensu*, pela norma penal, pois, no momento de sua consideração de ato infracional a previsão direta e imediata à conduta crime, assim podem ser relacionados.

Mas, para uma melhor caracterização de tais bens jurídicos, ou ao menos o que a norma deveria levar em conta na sua objetivação, valer-se-á do artigo 227 da Carta Magna que, em seu bojo, traz o que tal norma deveria considerar e buscar, a sua proteção ou a sua não ocorrência. Dispõe o referido artigo:

⁷⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2005, p.16

Art. 227. É 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. (negrito do autor)

3.2.3. Pelos Regulamentos Disciplinares

No que diz respeito aos bens tutelados nos regulamentos disciplinares, ousa-se dizer que em muito se aproximam aos já citados “bens jurídicos militares”, pois, embora em uma esfera diversa, tais regulamentos, ao regularem a vida do militar na seara disciplinar, em regra, representam um *minus* em relação ao Código Penal Militar.

Com isso, fica muito clara a máxima que “nem toda transgressão disciplinar é crime, mas, em todo o crime, tem-se uma transgressão disciplinar”.

Coimbra já nos traz ensinamento nesse sentido, ao estabelecer uma teoria de círculos concêntricos, em que, internamente, temos o crime militar e, externamente (num raio maior) todo o arcabouço administrativo disciplinar.

Exemplos desse tipo de conduta são trazidos nas possibilidades de desclassificação de um crime para transgressão disciplinar, já discutida em outra oportunidade e que será trazida à baila, novamente, adiante neste estudo.⁷¹

⁷¹ Cf. SANTOS, A. A. . A desclassificação dos ilícitos penais militares e o comportamento da autoridade administrativa. 2009, disponível em <http://www.tjmsp.jus.br/exposicoes/art005.pdf>

3.3. Do conflito⁷² entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal Militar

Feitas essas considerações, que procuraram nortear os escopos das legislações ora em estudo e, lembrando, que é possível um adolescente ingressar em Instituições Militares e, por conseguinte, ser considerado um militar, resta a indagação: numa ocorrência de um crime militar, praticado por um adolescente, seria o ECA uma norma especial em relação ao CPM, ou vice-versa?

Buscando chegar nessa resposta, urge a análise de alguns princípios que procuram dirimir tal conflito, valendo-se da doutrina penalista, em especial das lições de Francisco de Assis Toledo.

3.3.1. Do princípio da especialidade

Em um primeiro momento, verifica-se que o foco da discussão reside no princípio da especialidade, sob o brocardo *Lex specialis derogat legi generali*, ou seja, lei especial derroga lei geral.

Ocorre que, inegável para o momento é a consideração de que se está perante duas leis especiais. Nos dizeres de Toledo, *considera-se lei especial ('Lex specialis') a norma que contém todos os elementos da geral ('Lex generalis') e mais o elemento especializador.*⁷³

Com base nas definições, surgem as questões: há incidência de uma norma sobre a outra? Estar-se-ia perante duas leis especiais?

⁷² Configura-se tal conflito quando existe uma pluralidade de normas aparentemente regulando um mesmo fato criminoso, sendo que, na realidade, apenas uma delas é aplicável. Para que exista o conflito aparente são necessários os seguintes elementos: a) pluralidade de normas; b) unicidade ou unidade de fatos; c) aparente aplicação de todas as normas ao fato; d) efetiva aplicação de apenas uma norma. (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação Penal Especial – Sinopses Jurídicas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 18-9)

⁷³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51

Acredita-se que tudo resulta da análise do caso concreto, senão veja: determinado adolescente pratica um crime de “desrespeito a superior”, tipificado no artigo 160 do CPM⁷⁴. Por uma análise literal, tem-se que esta conduta configura-se um ato infracional. Qual deve ser o foco da análise da conduta? Se considerar o viés militar, considerando-se ainda que tal conduta faz parte dos crimes propriamente militares, se praticado por adulto, qual bem jurídico foi atingido? Qual a norma que teria o seu bem jurídico mais atingido? O ECA, em razão do sujeito ativo? Ou o CPM, que além do sujeito ativo ser, obrigatoriamente, um militar, teve frontalmente vilipendiados os bens jurídicos da hierarquia e da disciplina?

Retomando o exemplo já citado do uso de entorpecentes no quartel. No caso da norma penal militar, o escopo é a proteção do local sob administração militar e não, necessariamente, o uso do entorpecente. Tanto é que, se tal conduta, fosse perpetrada tal como foi, porém fora dos limites de um aquartelamento, esse fato seria, à luz do Código Penal Militar, irrelevante, e passaria a ter a sua apuração pela Lei nº 11.343/06 (que trata, dentre outros, sobre o uso e tráfico de entorpecentes).

Que tal conduta, seja à luz do Código Penal ou do Código Penal Militar, encontrará tipicidade, ou seja, terá a ação adequada ao descrito na lei e, posteriormente, será considerada um ato infracional, se praticada por um adolescente, não restam dúvidas. Porém, analisar qual norma incidirá, conforme já demonstrado, acarretará sensíveis e profundas diferenças no que diz respeito ao tratamento a ser dado.

Com isso, reconhece-se tal “conflito”, porém, conforme se verificará adiante, a discussão residirá sob eventual aplicabilidade da norma “comum” ou militar.

A doutrina, ao debruçar sobre tal conflito aparente de normas, além do princípio da especialidade, ainda busca a sua solução por meio de

⁷⁴ **Art. 160.** *Desrespeitar superior diante de outro militar:*

Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. Se o fato é praticado contra o comandante da unidade a que pertence o agente, oficial-general, oficial de dia, de serviço ou de quarto, a pena é aumentada da metade.

outros (subsidiariedade, consunção e alternatividade) os quais, embora tenham correlação com o assunto, entende-se não serem aplicáveis para a situação em comento.

4. NATUREZA DAS MEDIDAS

4.1. Considerações iniciais

Um dos pontos mais discutidos, em âmbito doutrinário, sobre a questão que envolve as medidas socioeducativas, é a sua natureza. Os dois polos situam-se entre aqueles que as consideram de natureza essencialmente educativo-pedagógica, enquanto outros são os adeptos do denominado Direito Penal Juvenil, ou seja, vislumbram nessas medidas o seu caráter penal.

Embora neste trabalho já tenha se explicitado o posicionamento sobre o entendimento dessas medidas terem um caráter penal, seja por seus aspectos legais e pelas garantias processualísticas, valem os ensinamentos de Valter Kenji Ishida acerca do tema. O autor, de forma crítica, apresenta um resumo e uma posição contrária ao estudado, mas muito pertinente no momento. Assim leciona⁷⁵:

Imitando a doutrina penal, dividida basicamente entre causalistas e finalistas, o direito da infância e juventude tenta incorporar divisões entre seus adeptos. Essas divisões, por sinal, mais confundem do que explicam a verdadeira finalidade e parâmetros do direito infracional. A par dessa observação, procuraremos sintetizar as idéias dessa espécie desse direito inserido no ECA. Pode-se dizer que existem duas vertentes: a do direito penal juvenil e a do direito infracional. Para o direito penal juvenil, além do caráter pedagógico da medida socioeducativa, haveria nitidamente na sua execução, um verdadeiro caráter retributivo. Assim, a extensão das garantias penais e processuais penais asseguraria uma isonomia entre o réu maior de 18 anos e o adolescente infrator. O Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente admitindo esse posicionamento.

Contraopondo-se a essa corrente, pode-se falar em outra denominada doutrina do direito infracional. A mesma mantém o purismo da medida socioeducativa, considerando-se essencialmente como medida educativo-pedagógica.

⁷⁵ ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

E, contrapondo-se à linha deste estudo, aduz o estudioso:

Entendemos que o direito de aplicação da medida socioeducativa é essencialmente infracional e não penal juvenil. A justificativa prática não ganha cunho científico em razão da inadequação prática. É o mesmo que admitir que o direito penal admita como regra a pena de morte porque embora a Carta Magna o repugne como regra, incide na prática nos presídios. Não se pode aqui mesclar norma legal com a prática para se construir uma verdadeira corrente doutrinária de pensamento. A utilização de princípios penais se revela necessária não pelo caráter punitivo da medida, mas essencialmente pela semelhança do procedimento menorista.

Respeitável a argumentação do autor, mas, sem adentrar a um caráter idealista, por melhor que esteja e se torne o sistema socioeducativo, a um adolescente, que se vê obrigado a permanecer internado, comparecer rotineiramente em acompanhamento, dormir em um estabelecimento diverso de sua residência, aceitar trabalhar em prol de uma comunidade ou ser devidamente repreendido por um magistrado, com todo o seu rito formal, não se espera um raciocínio, senão outro, de que tais medidas estão sendo aplicadas como uma sanção, um castigo, uma retribuição por seus atos praticados. E no caso, esta sensação é presente, mesmo em moldes ideais de aplicação dessas medidas.

4.2. Da extensão da compreensão do entendimento do ato infracional

Alguns pontos merecem ser demarcados, quando se discute o ato infracional vinculado, ou seja, decorrente da prática de um crime militar, praticado por um adolescente.

Inicialmente, como outrora destacado, não se pode perder de vista se o objeto a ser tutelado, ou seja, se o enfoque é o adolescente ou é o militar.

Partindo-se desse ponto, pode-se tentar chegar a algumas relações que subsidiariam eventual conclusão acerca do tema.

É o que ocorre, por exemplo, no artigo 103 do ECA, que dispõe que todo crime ou contravenção será considerado ato infracional.

Nesse caso, estariam compreendidos todos os crimes? Inclusive os militares?

O legislador já deu mostras que, quando quis especificar os crimes militares, ele o fez, descrevendo-o. Verifica-se tal situação no próprio texto constitucional, no inciso LXI do art. 5º, ao tratar do *status libertatis* da pessoa e a sua possibilidade de ser turbado, tratando da prisão, que dispõe que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei* ou, ainda, seguindo na Constituição Federal, quando esta dispõe a competência da Polícia Civil, o § 4º do artigo 144 assim estabelece: *às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.*

Assim o primeiro ponto que, inicialmente, não se transparece tão pacífico, é a perfeita correlação do ato infracional decorrente de um crime militar, à luz do disposto no já citado art. 103 do ECA.

Nessa esteira, haveria alguma possibilidade de que o crime militar, praticado por um adolescente militar, venha a ter tratamento diferenciado, conforme preceitua a própria Carta Magna, mas que não seja o dado pelo ECA?

Wilson Donizeti Liberati novamente leciona, sobre a questão de como se considera o ato infracional, em relação ao crime, aduzindo que:

Não se pode permitir eufemismos na descrição e/ou identificação de ação delituosa de um adolescente que pratica, por exemplo, um fato tipificado no art. 121 do CP. O fato típico é descrito como homicídio, seja ele praticado por maior ou menor de 18 anos. A essência do crime é a mesma. O tratamento jurídico, entretanto, deve ser adequado à especial

condição de cada agente, como dispõe o art. 228, *in fine*, da CF⁷⁶.

Apesar da complexidade da questão, verifica-se que, ao aplicar uma interpretação sistêmica de nosso ordenamento, é possível pensar sobre a indagação. Senão observe-se:

a. O Princípio da prioridade absoluta deve ser aplicado em toda e qualquer situação que envolva a criança e o adolescente, independentemente, inclusive, de ser este um agente em conflito com a lei;

b. A doutrina da proteção integral, berço do princípio ora citado, também, assim como explicitado acima, está além das normas infraconstitucionais, devendo prevalecer em todas as relações que envolvam o público em estudo;

c. O legislador deixou clara a sujeição dos menores de dezoito anos, na condição de penalmente inimputáveis, à legislação especial;

d. Também parece óbvio que a legislação especial referida trata-se do Estatuto da Criança e do Adolescente, editado dois anos após a promulgação da Constituição;

e. Já não parece tão simples assim entender que a única legislação especial a que se refere o artigo 228 seja somente o ECA, uma vez que o adolescente militar não deixa de estar sujeito ao Código Penal e Processual Penal Militar;

Com isso, pretende-se realizar a seguinte verificação: é possível que o adolescente militar, ao praticar um crime militar, então classificado por ato infracional, fique sujeito ao seu Código Militar ou, ainda, a alguma legislação correlata, como é o caso dos Regulamentos Disciplinares a que está sujeito?

⁷⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil: A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 62.

Seria possível, neste diapasão, respeitar os princípios norteadores da legislação da criança e do adolescente aplicando normas que encadeassem a conduta do adolescente aos preceitos disciplinares?

4.3. Do trinômio: Estatuto da Criança e do Adolescente – Código Penal Militar – Regulamentos Disciplinares⁷⁷

O Código Penal Militar, como já visto, antes da Constituição Federal de 1988, daria a resposta com muita facilidade, em leitura aos seus artigos 50 e 51, que realizam a equiparação, para efeitos penais militares, dos maiores de dezesseis anos aos maiores de idade. Claro está, e aí não há ressalva a ser feita, que tal dispositivo não se aplica, em face da maioridade penal estabelecida na Carta Magna.

Porém, o próprio *Codex* militar trouxe uma peculiaridade, em alguns de seus artigos, na Parte Especial, que chama a atenção ao ser estudada: é a denominada desclassificação do ilícito penal militar para transgressão disciplinar.

Por essa situação, o legislador, observando princípios como o da insignificância, estabeleceu delitos de bagatela em que, observadas determinadas condições (primariedade do agente, pequeno valor), pode o juiz deixar de aplicar a pena e considerá-los transgressão disciplinar, como também é o caso do previsto no art. 209, § 6º do Código Penal Militar, que trata da

⁷⁷ O Estatuto da Criança e do Adolescente trata-se de uma Lei Nacional. O Código Penal Militar é um Decreto-lei que, à sua época, tem equivalência a uma Lei Nacional. Já os Regulamentos Disciplinares, quando não editados por meio de Portarias (atos normativos) dos Comandantes, são, em nível federal, Decretos Federais e, em âmbito estadual, como no caso de São Paulo, é uma Lei Complementar Estadual. Sobre as espécies de leis, é a lição de Rodrigo César Rebello Pinho: *Considerando o modelo federativo de repartição de competência, existem no Brasil quatro grandes espécies de leis: a) nacionais; b) federais; c) estaduais; d) municipais. Leis nacionais são editadas pela União, aplicando-se a todas as pessoas, órgãos e instituições no Brasil (legislação penal, civil, comercial, processual etc.) Leis federais são promulgadas pela União e aplicáveis apenas a ela e a seus agentes, órgãos e instituições (p. ex., Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União). Leis estaduais e municipais são editadas pelas respectivas pessoas jurídicas de direito público interno no exercício de suas atribuições constitucionais.* (PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da organização do Estado, dos Poderes e histórico das Constituições – Sinopses Jurídicas*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13)

lesão levíssima (*no caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar*).

Longe de se considerar que eventual aplicação de um Regulamento Disciplinar seria a solução para todos os casos existentes que envolveriam um adolescente militar, não se pode perder de vista que, em muitos casos, a conduta tipificada como crime, praticada por um adolescente militar, tem reflexos diretos em âmbito interno da Instituição Militar a que pertence o agente.

Exemplos são vários, mas podem ser citadas, a título de ilustração, condutas como “recusa de obediência”⁷⁸, “abandono de posto”⁷⁹, “dormir em serviço”⁸⁰, “deserção”⁸¹ e tantas outras que, devem sofrer a devida intervenção estatal mas, que no seu bojo, não trarão, inicialmente, reflexo direto à sociedade como um todo e que, em sua grande maioria, não refletem um grau de periculosidade do agente.

São crimes típicos de caserna, apontados pela doutrina como crimes propriamente militares, que representam e garantem a existência das Instituições Militares, que evitam a turbação de seus princípios, mas que apresentam condições de serem resolvidos “intramuros”, ou seja, não sem a intervenção do Judiciário, mas com a possibilidade de aplicação de normas militares a respeito.

Considerar e admitir uma aplicação de um Regulamento Disciplinar para crimes dessa natureza, é, porque não, levar em conta consagrados princípios da doutrina de proteção integral, que consideram

⁷⁸ **Art. 163.** *Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução:*

Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

⁷⁹ **Art. 195.** *Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo:*

Pena - detenção, de três meses a um ano.

⁸⁰ **Art. 203.** *Dormir o militar, quando em serviço, como oficial de quarto ou de ronda, ou em situação equivalente, ou, não sendo oficial, em serviço de sentinela, vigia, plantão às máquinas, ao leme, de ronda ou em qualquer serviço de natureza semelhante:*

Pena - detenção, de três meses a um ano.

⁸¹ **Art. 187.** *Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:*

Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.

questões como a condição especial do agente (não há como negar que um Regulamento Disciplinar⁸² representa um *minus* em relação ao ordenamento penal militar).

Valendo-se novamente das precisas lições de Wilson Donizeti Liberati,

Pode-se, então, dizer que enquanto os maiores de 18 anos têm responsabilidade penal, os maiores de 12 e menores de 18 anos têm responsabilidade *estatutária*, que pode, também, ser denominada *responsabilidade penal juvenil*.⁸³

O adolescente militar, ao ingressar em sua respectiva Instituição, possui, utilizando-se da mesma terminologia, responsabilidade *disciplinar*, pois já está sujeito ao Regulamento Disciplinar aplicado.

Outro princípio que denota estrita aplicação às argumentações ora expostas, é o da intervenção mínima. E neste aspecto, Sérgio Salomão Shecaira, citando Carlos Vásquez Gonzáles e outros, assim o define:

O princípio da intervenção mínima na esfera punitiva significa que só se deverão castigar as infrações que se considerem mais prejudiciais para a sociedade, aquelas que tenham uma maior relevância social, impondo-se um castigo proporcional à gravidade do delito. Como consequência da formulação desse princípio, o Direito Penal Juvenil tem, por um lado, um caráter fragmentário, que implica dizer que a norma penal unicamente poderá empregar-se para defender bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves. Por outro lado, desfruta de um caráter subsidiário, entendido no sentido de que o recurso ao Direito Penal juvenil deve empregar-se somente para aquelas condutas que não possam ser atacadas por outros meios de controle social. Trata-se, pois, da adoção do princípio da *ultima ratio*.⁸⁴

⁸² Acerca de um escalonamento entre as normas, vale-se dos apontamentos de Miguel Reale sobre hierarquia das leis: *Não há, pois, uma hierarquia absoluta entre leis federais, estaduais e municipais, porquanto esse escalonamento somente prevalece quando houver possibilidade de concorrência entre as diferentes esferas de ação. A rigor, as únicas normas jurídicas que primam no sistema de Direito brasileiro, são as de Direito Constitucional.* (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 119-20).

⁸³ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil: A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 75.

⁸⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 147.

E neste sentido, assevera:

Parte da doutrina estrangeira acrescenta a tudo o que acima se disse sobre a mínima intervenção que se deve buscar, na medida do possível, a desjudicialização, porquanto as mais leves acusações formais no âmbito do Poder Judiciário produzem consequências deletérias para os acusados, sua estigmatização e outros prejuízos quando o adolescente ainda tem sua formação de caráter e intelectual por ser completada. Assim, sempre que for possível, medidas minimizadoras da intervenção punitiva devem ser adotadas em obediência à idéia de *ultima ratio*. A propósito, a Convenção sobre os Direitos da Criança tem recomendação expressa nesse sentido, em seu art. 40, 3, b, quando afirma que os Estados-partes buscarão promover a adoção, sempre que conveniente e desejável, “de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais”.⁸⁵

Numa análise dos trechos supracitados, pode-se inferir o quanto a doutrina preceitua a mínima intervenção judicial nos casos que envolvem o adolescente, dando o caráter excepcional para tal intervenção.

Ainda, interessante demonstrar que, considerando o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, o que representa, em determinados casos, a exposição desse adolescente a todos os ritos formais e rigorosos, próprios e devidos do Poder Judiciário, perante condutas de impacto pouco relevante, se assim pode ser dito, no seio da sociedade.

4.4. Da relação entre as medidas socioeducativas e as sanções disciplinares

Pensando em uma eventual correlação entre os tipos de medidas previstas no ECA ao adolescente e as principais sanções dispostas em Regulamentos Disciplinares, tomando-se como referência os das Forças

⁸⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 148.

Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e, como força estadual, o da Polícia Militar Paulista, pretende-se uma análise da possibilidade de tal relacionamento, vislumbrando, inclusive, como possível alternativa de aplicação dos princípios norteadores que regem o campo jurídico da criança e do adolescente.

4.4.1. Das Medidas socioeducativas

Inicialmente, essencial é a descrição das sanções previstas no ECA, com um breve comentário.

Dispõe o artigo 112 do Código supra:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

V - inserção em regime de semi-liberdade;

VI - internação em estabelecimento educacional;

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

Em relação à advertência, conforme o art. 115, consiste em admoestação verbal e deve ser reduzida a termo e assinada.

No que diz respeito à obrigação de reparar o dano, de acordo com o art. 116, há possibilidade de ser substituída por outra medida adequada, quando não possível de ser cumprida e, em regra, aplica-se aos casos com *reflexos patrimoniais*, por meio de restituição, ressarcimento ou outra forma de compensação.

Quanto à forma de compensação, a doutrina não é unânime quanto ao cumprimento, dividindo-se em autores que entendem que tal ato deve ser cumprido exclusivamente pelo adolescente, ao passo que outros admitem a possibilidade de reparação por parte dos pais ou responsáveis.

Sérgio Salomão Shecaira, neste sentido, oportunamente, assinala:

Discorda-se daqueles que entendem que, se o adolescente não tiver condições de pagar, poderá fazê-lo o responsável legal. Tal compensação do prejuízo resultaria da lei civil, da chamada *culpa in vigilando*, matéria totalmente distinta daquela que prevê o Estatuto, que guarda relação com medida de caráter penal. Enquanto medida sócio-educativa, tem o objetivo de incutir no adolescente o alcance de sua conduta, bem como projetar um ensinamento pedagógico da importância do cumprimento da lei.⁸⁶

A prestação de serviços à comunidade, por sua vez, vem melhor especificada no art. 117 do ECA, que dispõe sobre prazo máximo (seis meses), local de cumprimento (hospitais, entidades assistenciais, escolas, programas comunitários, governamentais etc), gratuidade do serviço prestado (observando-se a vedação descrita no § 2º do art. 112), vedação ao prejuízo à escola ou jornada normal de trabalho (se realizada em dias úteis) ou, ainda, a realização em dias nãoúteis, período máximo de cumprimento semanal (oito horas) e o respeito à aptidão do adolescente.

⁸⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 197-198.

Sérgio Salomão Shecaira aduz que esta (prestação de serviços à comunidade) *se trata no ordenamento penal, assim como na legislação juvenil, daquela que deve ser a principal alternativa às penas institucionais ou, no caso dos adolescentes, às medidas sócio-educativas de internação.*⁸⁷

Como última medida a garantir o pleno direito de liberdade do adolescente, tem-se a denominada liberdade assistida, conhecida, por suas iniciais L.A.

Por tal medida, de prazo mínimo de seis meses, assim como estabelecido nos artigos 118 e 119, o adolescente não terá sua liberdade restrita, ficando condicionado ao acompanhamento do orientador (em boa parte das vezes psicólogos e assistentes sociais) que lhe darão um suporte e auxílio em sua vida (promoção social do adolescente com a sua família, inserção em programas oficiais e comunitários, escolarização, profissionalização), provocando sua reflexão e procurando garantir-lhe condições mínimas que visem uma boa estrutura para o não cometimento de outros atos infracionais.

Partindo-se agora para as medidas mais severas previstas no ECA, depara-se com aquelas que afetarão a liberdade do adolescente, seja parcial ou integralmente, por determinado período, que é a inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional.

Dado o rigor das medidas, serão transcritos, *ipsis literis*, os artigos que tratam delas:

Art. 120. O regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

⁸⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 198

Embora o art. 120 do ECA já trate da indeterminação prévia de prazo e das obrigações no cumprimento de tal medida, vale dizer que alguns doutrinadores têm admitido uma forma “inversa” do tradicional regime de semi-liberdade, ou seja, em alguns casos, o adolescente fica sob a obrigatoriedade de permanência no recinto escolar-profissionalizante durante o dia e, no período noturno, é liberado para o seu domicílio⁸⁸.

Analisando-se agora a medida mais grave, que, conforme a lei, pesam sobre ela princípios da excepcionalidade (*ultima ratio*) e brevidade (apenas o tempo necessário), tem-se a transcrição legal da internação:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

⁸⁸ Sérgio Salomão Shecaira destaca que, *na cidade de São Paulo, o regime é muito semelhante ao previsto no Código Penal como sendo de Casa de Albergado. O adolescente permanece durante o dia estudando e trabalhando, quando possível, sendo obrigado a recolher-se à instituição no período noturno. Há, também, uma modalidade distinta, conhecida como “semiliberdade invertida”. Neste caso o adolescente dorme com os pais, estudando ou exercendo atividade laborativa na Fundação do Bem Estar do Menor – FEBEM (atual fundação Casa). (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 203)*

Art. 123. A internação 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.

Parágrafo único. Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas.

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público;

II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;

III - avistar-se reservadamente com seu defensor;

IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;

V - ser tratado com respeito e dignidade;

VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;

VII - receber visitas, ao menos, semanalmente;

VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;

IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;

X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;

XI - receber escolarização e profissionalização;

XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;

XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;

XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;

XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;

XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

§ 1º Em nenhum caso haverá incomunicabilidade.

§ 2º A autoridade judiciária poderá suspender temporariamente a visita, inclusive de pais ou responsável, se existirem motivos sérios e fundados de sua prejudicialidade aos interesses do adolescente.

Art. 125. É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança.

Tal medida, até por sua característica, é a mais polêmica, seja no mundo jurídico, seja na sociedade como um todo. Indubitavelmente, é a medida de maior repercussão, principalmente porque os fatos negativos nela gerados (rebeliões, fugas, maus-tratos) são os que se tornam objeto de observação mais acurada da mídia.

Discutem-se vários pontos sobre a internação, desde sua efetividade (capacidade das instituições que têm o adolescente sob a sua custódia de atingir os objetivos da medida), seu grau de rigor (tendo como escopo o princípio da proporcionalidade), a sua legalidade⁸⁹ (considerando que o rol de possibilidades que autorizam a determinação da medida é taxativo e, por vezes, vem sofrendo interpretações criticadas pela doutrina e já objeto da jurisprudência, como é o caso do *ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa*, e a perfeita adequação e cabimento a condutas como a do tráfico de entorpecentes⁹⁰), o seu prazo de duração (clama da sociedade, principalmente perante crimes tidos como “bárbaros”, em que há a indignação sobre o prazo limitado em três anos), dentre outros.

4.4.2. Das sanções disciplinares

Resta agora, após esta breve contextualização acerca das medidas socioeducativas previstas no ECA, realizar, da mesma forma, um estudo sobre as sanções disciplinares previstas nos Regulamentos Disciplinares já citados.

Destarte salientar que há previsão, em todos os regulamentos a serem estudados, cada qual a seu modo, do contraditório e da ampla defesa,

⁸⁹ O Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprovou o Plano Nacional de Direitos Humanos – 3, estabelece no Eixo Orientador III (*Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades*), Diretriz 8 (*Promoção dos direitos de crianças e adolescentes para o seu desenvolvimento integral, de forma não discriminatória, assegurando seu direito de opinião e participação*), Objetivo estratégico VII (*Implementação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)*), alínea “d”, um dos objetivos referentes a um melhor controle desta medida por parte do Poder Judiciário, estabelecendo: *d) Desenvolver estratégias conjuntas com o sistema de justiça, com vistas ao estabelecimento de regras específicas para a aplicação da medida de privação de liberdade em caráter excepcional e de pouca duração.*

Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República
Recomendação: Recomenda-se ao CNJ a formulação de parâmetros e procedimentos, inclusive mecanismos de monitoramento da aplicação das medidas pelo Poder Judiciário.

⁹⁰ Embora o TJSP venha entendendo que tal conduta é grave por si só, parte da doutrina, a exemplo de Flávio Américo Frasseto, entende que deva haver a reiteração da prática de tal conduta.

mesmo naqueles que foram editados anteriormente à Constituição Federal de 1988.

4.4.2.1. na Marinha do Brasil

A Marinha do Brasil tem o seu regulamento disposto pelo Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983, apresentando diversos tipos de sanções, de acordo com o círculo a que pertencem os seus agentes (oficiais, praças etc). Considerando que, *in tесе*, não há tempo hábil para que um adolescente torne-se um Oficial ou Sargento, serão apenas analisadas as sanções disciplinares aplicáveis aos Cabos, Marinheiros e Soldados. Para estes, dispõe a alínea “f” do art. 14 do Regulamento em comento:

Art. 14 – As penas disciplinares são as seguintes:

(...)

f) para Cabos, Marinheiros e Soldados:

1. repreensão;
2. impedimento, até 30 dias;
3. serviço extraordinário, até 10 dias;
4. prisão simples, até 10 dias;
5. prisão rigorosa, até 10 dias; e
6. licenciamento ou exclusão do serviço ativo, a bem da disciplina.

Com o escopo de entendimento do que representa cada sanção, tomar-se-á como base o que dispõe o Decreto acerca da forma de cumprimento de cada uma destas.

Assim, repreensão consiste *na declaração formal de que o contraventor é assim punido por haver cometido determinada contravenção, podendo ser aplicada em particular ou não.*

O impedimento, por sua vez, *obriga o contraventor a permanecer na Organização Militar, sem prejuízo de qualquer serviço que lhe competir, enquanto que o serviço extraordinário consiste no desempenho de qualquer*

serviço interno, inclusive faina⁹¹, em dias e horas em que não lhe competir esse serviço.

As prisões simples determinam que o infrator fique recolhido a sua unidade, podendo exercer os seus serviços (exceto os de responsabilidade e confiança), enquanto que a prisão rigorosa pressupõe o seu cumprimento em um recinto fechado.

O licenciamento ou exclusão do serviço ativo, a bem da disciplina só podem ocorrer mediante a apuração por meio de um Conselho de Disciplina.

Dentre as normas de imposição, o art. 26 destaca que *nenhuma pena será imposta sem ser ouvido o contraventor e serem devidamente apurados os fatos.*

Muitos pontos apresentam aspectos comuns nos regulamentos a serem estudados, mas o Regulamento da Marinha possui uma interessante causa atenuante, que deve ser considerada no julgamento da sanção, conforme se verifica:

Art. 11 – São circunstâncias atenuantes da contravenção disciplinar:

- a) bons antecedentes militares;
- b) idade menor de 18 anos;
- c) tempo de serviço militar menor de seis meses;
- d) prestação anterior de serviços relevantes já reconhecidos;
- e) tratamento em serviço ordinário com rigor não autorizado pelos regulamentos militares; e
- f) provocação. (grifo do autor)

Nesse regulamento é considerada a idade do agente, vinculando uma circunstância atenuante à idade da responsabilidade penal, ou seja, levando-se em conta a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Já a descrita na alínea “c” torna clara a dificuldade de adaptação ao regime militar e atenua a sanção em relação aos recém-ingressos na Instituição.

⁹¹ Faina significa serviço a bordo de navios; qualquer trabalho náutico.

4.4.2.2. no Exército Brasileiro

O mais recente Regulamento Disciplinar das Forças Armadas é o do Exército Brasileiro, denominado R-4, aprovado pelo Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. A primeira observação relevante a ser feita acerca dele é o objetivo da punição disciplinar e o seu caráter educativo, conforme o disposto no art. 23, que prevê que *a punição disciplinar objetiva a preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence.*

As punições disciplinares estão dispostas em seu art. 24:

Art. 24. Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente:

I - a advertência;

II - o impedimento disciplinar;

III - a repreensão;

IV - a detenção disciplinar;

V - a prisão disciplinar; e

VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

Parágrafo único. As punições disciplinares de detenção e prisão disciplinar não podem ultrapassar trinta dias e a de impedimento disciplinar, dez dias.

A advertência, tida como forma mais branda de punição disciplinar, é uma admoestação realizada de forma verbal, não gerando registro como “alteração” do punido, enquanto que a repreensão é realizada de forma enérgica, por escrito e devidamente registrada.

O impedimento disciplinar permite que o militar trabalhe normalmente, mas não possa sair do âmbito de sua Organização Militar.

A detenção disciplinar é cumprida em alojamento, podendo o infrator, exceto em atividades externas, participar normalmente dos atos de serviço. Já a prisão, de acordo com a sua nomenclatura, é cumprida em local designado para tal.

Quanto ao licenciamento ou exclusão a bem da disciplina, tal como ocorre na Marinha, está relacionado à prática de crimes, atos contra a honra ou o pundonor militar, dentre outros.

4.4.2.3. na Força Aérea Brasileira

O RDAER – Regulamento Disciplinar da Aeronáutica - aprovado pelo Decreto 76.333, de 22 de setembro de 1975 (o mais antigo a ser estudado), também diferencia as punições de acordo com o posto ou graduação do infrator. Considerando as formas de ingresso do militar nessa Força, serão focadas as punições que puderem ser aplicadas aos militares que, eventualmente, são adolescentes, ou seja, aqueles que figurarem como cadetes e alunos das demais escolas de formação e de preparação.

Utilizando-se da mesma forma de descrição, tem-se o previsto no Regulamento Disciplinar da Aeronáutica:

Art.16 - As transgressões, segundo sua gravidade, corresponderão às seguintes punições disciplinares:

1 - Para oficial da ativa:

a) repreensão;

b) detenção;

c) prisão;

(...)

5 - Para cadetes, alunos das demais escolas de formação e preparação, as do número 1 e ainda:

a) desligamento do curso;

b) licenciamento a bem da disciplina;

c) exclusão a bem da disciplina. *(grifo do autor)*

A repreensão pode ser aplicada de forma verbal (particular ou em público) ou escrita, consistindo *na declaração formal de que ao transgressor coube essa punição por haver cometido determinada falta.*

A detenção é a retenção do infrator no recinto da organização (em lugar não destinado a cárcere), e a prisão já é aplicada em local destinado para tal (podendo ser quarto, alojamento ou local equivalente).

Novamente vem à baila a finalidade da punição, que, no caso desse regulamento, estabelece-se, em seu art. 6º, que *a punição só se torna necessária quando dela advém benefício para o punido, pela sua reeducação,*

ou para a Organização Militar a que pertence, pelo fortalecimento da disciplina e da justiça evidenciando o caráter educativo e preventivo.

Quanto ao licenciamento e a exclusão a bem da disciplina, guardadas as peculiaridades da Instituição, acabam por ter características muito semelhantes em relação as já elencadas.

4.4.2.4. na Polícia Militar do Estado de São Paulo

Finalizando esta parte do estudo acerca dos Regulamentos Disciplinares, será analisado o dispositivo aplicado na Polícia Militar do Estado de São Paulo (destinado a aproximadamente 93.000 militares do Estado do serviço ativo e cerca de 50.000 inativos). Tal regulamento (RDPM), estabelecido pela Lei Complementar Estadual nº 893, de 9 de março de 2001, também apresenta o seu rol de sanções, a saber:

Artigo 14 - As sanções disciplinares aplicáveis aos militares do Estado, independentemente do posto, graduação ou função que ocupem, são:

I - advertência;

II - repreensão;

III - permanência disciplinar;

IV - detenção;

V - reforma administrativa disciplinar;

VI - demissão;

VII - expulsão;

VIII - proibição do uso do uniforme.

Parágrafo único - Todo fato que constituir transgressão deverá ser levado ao conhecimento da autoridade competente para as providências disciplinares.

O rol de sanções, embora com terminologias diferentes, segue, de forma geral, a mesma estrutura dos demais regulamentos já estudados.

A advertência é a forma mais branda de sanção, aplicada verbalmente ao transgressor, particular ou ostensivamente. No caso, ela só pode ser aplicada quando do cometimento de faltas leves (o RDPM, ao descrever as faltas, gradua-as em leves, médias e graves).

A repreensão, por sua vez, é de forma escrita e consta nos registros funcionais do transgressor.

Já a permanência disciplinar, denominada em outros regulamentos de “detenção”, é aquela *sanção em que o transgressor ficará na OPM (Organização Policial-Militar), sem estar circunscrito a determinado compartimento.*

Uma característica importante da sanção que envolve a permanência disciplinar, é a possibilidade da *conversão em serviço extraordinário*, mediante solicitação do próprio transgressor e autorizado pela autoridade disciplinar. Limitada em cinco dias, em que o militar estaria de folga, pode ser cumprida em turnos de 6 a 8 horas, respeitado o devido descanso entre os seus dias de cumprimento e os dias normais de trabalho do policial.

A detenção possui equivalência terminológica com a prisão anteriormente exposta. Nesta, o militar do Estado ficará retido *no âmbito de sua OPM, sem participar de qualquer serviço, instrução ou atividade*, tempo esse tempo não computado para efeito algum (salário, aposentadoria, antiguidade etc). Tal sanção só pode ser aplicada em casos de reincidência de falta grave, por autoridades do posto de Coronel, Secretário de Segurança Pública e Governador do Estado.

A reforma administrativa disciplinar representa uma “aposentadoria” forçada, sob forma de sanção, a ser aplicada ao militar. Nessa situação, o militar passa a receber proventos proporcionais ao seu tempo de serviço.

A demissão (destinada a todos) e a expulsão (cabível somente às praças), ambas modalidades de exclusão do serviço ativo, aplicadas, tal como a reforma administrativa militar, mediante um processo regular, tendo como autoridade competente para o ato o Comandante Geral da Instituição (para as Praças) ou Governador do Estado (para os Oficiais), os quais denotam incompatibilidade de permanência nas fileiras da Instituição, podendo, a

segunda, decorrer da prática de atos desonrosos com o serviço policial-militar⁹².

A proibição de uso de uniformes, aplicada a militares inativos, não se aplica aos adolescentes, em face das formas de ingresso e da estrutura da carreira.

Finalizando os dispositivos do RDPM, tem-se a disposição da aplicação subsidiária dos regulamentos dos estabelecimentos de ensino em que o aluno estiver matriculado (situação aplicável ao adolescente enquanto cursa a Academia de Polícia Militar do Barro Branco).

4.4.3. Inter-relação das sanções

Realizadas essas considerações, urge o retorno ao questionamento: considerando as modalidades de sanções descritas nos quatro regulamentos citados, é possível estabelecer-se alguma equivalência no cumprimento de uma sanção disciplinar e de uma medida socioeducativa?

Verificou-se que os regulamentos dão a possibilidade de aplicação de advertência ou no máximo repreensão. Tal medida, num primeiro momento, parece afigurar-se com a advertência prevista no ECA.

Já em relação à obrigação de reparar o dano, todos os adolescentes militares já estão sujeitos à responsabilidade civil. Em regra, quando uma infração disciplinar demandar de ressarcimento, deve ser instaurada uma sindicância, em que o militar, se considerado culpado, terá a obrigação de realizar tal ressarcimento, mediante desconto em sua folha de pagamento (observados determinados limites proporcionais). Caso o militar

⁹² Antigamente, o ato de “expulsão” ocorria perante a tropa formada, com retirada das insígnias do expulso e retirada, no interior de uma viatura, do recinto do ato. Além disso, o efetivo realizava “meia-volta”, fazendo com que esta sanção tivesse um caráter impactante nos demais militares. Atualmente, há apenas a publicação em Diário Oficial do Estado, assim como a demissão.

não proceda a tal ressarcimento amigavelmente, a questão é encaminhada aos órgãos de Procuradoria para as providências decorrentes.

A prestação de serviços à comunidade é inerente à atividade do militar, seja de forma direta ou indireta. No Regulamento Disciplinar da Polícia Militar Paulista há a possibilidade de conversão em serviços extraordinários, numa quantidade aquém dos limites estabelecidos pelo ECA. Vislumbra-se não haver muitas dificuldades de adaptação a tal medida, considerando a natureza das atividades praticadas pelos militares.

Em relação à Liberdade Assistida, cujo acompanhamento deve abranger aspectos que envolvem a educação e profissionalização do adolescente, dentre outros, vale destacar que a prestação do serviço militar, seja por forma de voluntariado, seja compulsoriamente, já contém, em seu bojo, tais aspectos. Cumpre lembrar ainda que, via de regra, os adolescentes militares estão na fase de formação e preparação para a vida de caserna e os cursos que se encontram frequentando apresentam regime de internato durante a semana ou, ao menos, em regime integral de estudo.

Os mesmos argumentos podem ser aplicados à semiliberdade, considerando-se que o adolescente militar passa boa parte do seu dia no interior da instituição, sendo submetido à educação e ao acompanhamento de sua vida, como um todo.

O ponto mais crítico a ser comparado diz respeito à internação. As sanções disciplinares neste sentido não estabelecem uma duração indeterminada e nem tampouco prazos que comportem até três anos de duração. Os regulamentos mais severos apresentam, para o cumprimento de prisões, detenções, permanências disciplinares, períodos não superiores há 30 dias. Urge, nesse ponto, apenas comentar que, ao considerar a excepcionalidade da medida e a gravidade da conduta praticada, tomando-se como marco as relativas aos crimes propriamente militares, que a sua aplicação e a forma de execução, mesmo que por curto espaço de tempo, transparece-se numa salutar medida de socioeducação a que poderia ser submetido o adolescente militar.

Busca-se também, neste trabalho, a discussão sobre a aplicação das sanções disciplinares em prol das medidas socioeducativas, o que demanda análise da natureza das sanções⁹³ e da competência da aplicação. Pretende-se, desta forma, trazer elementos que possam servir como base para uma eventual correlação de medidas, a par de toda uma provável atualização legislativa sobre o assunto, que harmonizaria essas normas que, num primeiro momento, apresentam-se tão díspares entre si, mas que podem de fato correlacionar-se, buscando-se a melhor aplicação ao adolescente, que também é militar, respeitando-se e compreendendo-se ambas as situações, os bens jurídicos e as peculiaridades de cada uma.

Apenas para esquematizar este ensaio de correlação proposto, observe a tabela a seguir:

ECA	Reg. Marinha	Reg. Exército	Reg Aeronáutica	Reg. PMESP
advertência*	repreensão	advertência; repreensão.	repreensão	advertência; repreensão.
obrigação de reparar o dano	<i>Mediante Sindicância</i>	<i>Mediante Sindicância</i>	<i>Mediante Sindicância</i>	<i>Mediante Sindicância</i>
prestação de serviços à comunidade	serviço extraordinário, até 10 dias			<i>Possibilidade de conversão em serviço extraordinário da permanência disciplinar</i>
Liberdade assistida	<i>De acordo com o regime escolar</i>	<i>De acordo com o regime escolar</i>	<i>De acordo com o regime escolar</i>	<i>De acordo com o regime escolar</i>

⁹³ Wilson Donizeti Liberati, ao discorrer sobre a natureza da medida socioeducativa, comentando sobre o ECA, leciona que, *em verdade, a citada lei não pretendeu dar caráter sancionatório-punitivo-retributivo às medidas socioeducativas; porém, outro significado não lhes pode ser dado, vez que estas correspondem à resposta do Estado à prática de ato infracional e, por isso, assumem o caráter de inflição/sanção, a exemplo das penas, e não de prêmio. (...) É impositivo, porque a medida é aplicada independentemente da vontade do infrator; é sancionatório, porque, com a ação ou omissão, o infrator quebra a regra de convivência social; é retributivo, por ser uma resposta ao ato infracional praticado.* (LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil: A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 142)

inserção em regime de semi-liberdade	<i>De acordo com o regime escolar</i>	<i>De acordo com o regime escolar</i>	<i>De acordo com o regime escolar</i>	<i>De acordo com o regime escolar</i>
internação em estabelecimento educacional*	impedimento, até 30 dias; prisão simples, até 10 dias; prisão rigorosa, até 10 dias	Impedimento; disciplinar; detenção disciplinar; prisão disciplinar.	detenção; prisão.	permanência disciplinar; detenção.

* as sanções correlatas variam de acordo com a gravidade da infração.

Tabela 2. Correlação das medidas socioeducativas e sanções disciplinares, 2010.
Fonte: Acervo pessoal

4.4.4. Da possibilidade de aplicação das medidas

Finalizando este segmento do estudo, cumpre a realização da seguinte análise: é possível que uma sanção disciplinar seja aplicada como substitutiva a uma medida socioeducativa?

Para tal resposta, faz-se necessária uma interpretação sistêmica de dispositivos do próprio ECA, senão veja:

O artigo 101, ao estabelecer as medidas de proteção, traz, em seu *caput*, que *verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, **dentre outras**, as seguintes medidas: (...)*

Percebe-se, assim, que as medidas de proteção não se constituem em um rol exaustivo, ou seja, no art. 101 estão exemplificadas as mais comuns das medidas a serem aplicadas, porém não se veda a aplicação de outras que nele não estão dispostas.

Porém, o foco são as medidas socioeducativas, arroladas segundo o entendimento doutrinário, de forma exaustiva no artigo 112.

De acordo com as medidas dispostas no art. 112, tem-se a possibilidade de aplicação das medidas constantes do art. 102, em seus incisos I a VI (*encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos*) e, na sequência, dispõe o art. 113:

Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

No caso, os artigos 99 e 100 tratam sobre as medidas de proteção e estabelecem, respectivamente, que estas *poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo e, na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários*, respectivamente.

Assim, torna-se possível que as sanções disciplinares, por força do art. 113, combinado com os artigos 99 a 101, sejam aplicadas a um adolescente militar, seja sob o seu aspecto da legalidade, especificamente quanto à aplicação, seja pelo aspecto de que, conforme já visto, tais sanções conseguiriam atender aos anseios do Estatuto, em especial conforme estipulado no art. 100.

5. DA COMPETÊNCIA DE APURAÇÃO

Com base em todas as considerações já expostas, destaca-se um dos grandes problemas que está ligado ao adolescente infrator militar: a competência para apuração de seus atos.

Reside tal fato nas seguintes questões:

1. Quem é a autoridade competente para registrar e apurar o ato infracional praticado por adolescente militar?
 - 1.1. Seria o Delegado de Polícia?
 - 1.2. Seria a autoridade de polícia judiciária militar, em razão da natureza do ato praticado?

Destarte lembrar que, neste momento, o estudo foca-se na competência de apuração e não de julgamento, ou seja, busca-se verificar quem é a autoridade que detém, com base na lei, poder para investigar um fato.

Como regra geral, quando se fala de apuração, remete-se a um Inquérito Policial ou documento análogo, e a associação imediata traz à tona a figura do Delegado de Polícia.

Assim, buscando respostas a tais questionamentos, inicia-se a abordagem procurando estabelecer qual é a competência de um Delegado de Polícia.

Dispõe a Carta Magna, em seu já citado art. 144, § 4º, qual é a competência da Polícia Civil, a saber:

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

De tal competência, infere-se, residualmente, a competência de autoridades de polícia judiciária militar, qual seja, a de apuração dos ilícitos penais militares.

Apenas para contextualização, cumpre destacar quais são as autoridades de Polícia Judiciária Militar (PJM), conforme o art. 7º do Código de Processo Penal Militar e a sua devida competência (art. 8º):

Exercício da polícia judiciária militar

Art. 7º A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições:

a) pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo o território nacional e fora dele, em relação às forças e órgãos que constituem seus Ministérios, bem como a militares que, neste caráter, desempenhem missão oficial, permanente ou transitória, em país estrangeiro;

b) pelo chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, em relação a entidades que, por disposição legal, estejam sob sua jurisdição;

c) pelos chefes de Estado-Maior e pelo secretário-geral da Marinha, nos órgãos, forças e unidades que lhes são subordinados;

d) pelos comandantes de Exército e pelo comandante-chefe da Esquadra, nos órgãos, forças e unidades compreendidos no âmbito da respectiva ação de comando;

e) pelos comandantes de Região Militar, Distrito Naval ou Zona Aérea, nos órgãos e unidades dos respectivos territórios;

f) pelo secretário do Ministério do Exército e pelo chefe de Gabinete do Ministério da Aeronáutica, nos órgãos e serviços que lhes são subordinados;

g) pelos diretores e chefes de órgãos, repartições, estabelecimentos ou serviços previstos nas leis de organização básica da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;

h) pelos comandantes de forças, unidades ou navios;

Delegação do exercício

1º Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado.

2º Em se tratando de delegação para instauração de inquérito policial militar, deverá aquela recair em oficial de posto superior ao do indiciado, seja este oficial da ativa, da reserva, remunerada ou não, ou reformado.

3º Não sendo possível a designação de oficial de posto superior ao do indiciado, poderá ser feita a de oficial do mesmo posto, desde que mais antigo. (...)

Competência da polícia judiciária militar

Art. 8º Compete à Polícia judiciária militar:

a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria;

b) prestar aos órgãos e juízes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas;

c) cumprir os mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar;

d) representar a autoridades judiciárias militares acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado;

e) cumprir as determinações da Justiça Militar relativas aos presos sob sua guarda e responsabilidade, bem como as demais prescrições deste Código, nesse sentido;

f) solicitar das autoridades civis as informações e medidas que julgar úteis à elucidação das infrações penais, que esteja a seu cargo;

g) requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar;

h) atender, com observância dos regulamentos militares, a pedido de apresentação de militar ou funcionário de repartição militar à autoridade civil competente, desde que legal e fundamentado o pedido. (negrito do autor)

Nesta mesma linha de raciocínio, Julio Fabbrini Mirabete traz a função da polícia judiciária, esclarecendo que:

de caráter repressivo, após a prática de uma infração penal recolhe os elementos que o elucidem para que possa ser

instaurada a competente ação penal contra os autores do fato⁹⁴.

Estendendo-se tal conceito ao campo dos crimes militares, donde se tem a polícia judiciária militar, de idêntica função ao já transcrito, porém com foco na apuração dos crimes militares.

Urge também destacar que, ao longo desta pesquisa, já se defendeu a natureza penal das medidas socioeducativas.

Partindo-se de tal pressuposto, estaria a competência do delegado de polícia abrangida nesse contexto, em especial dos “atos infracionais militares”?

Realizando uma interpretação sistêmica, denota-se que não há, no texto constitucional, previsão para tal, porém, em uma análise do ECA, denota-se, ao longo de seu artigo 172, o procedimento em caso de flagrante de ato infracional:

Art. 172. O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à **autoridade policial competente**.

Parágrafo único. Havendo repartição policial especializada para atendimento de adolescente e em se tratando de ato infracional praticado em co-autoria com maior, prevalecerá a atribuição da repartição especializada, que, após as providências necessárias e conforme o caso, encaminhará o adulto à repartição policial própria.

E, por analogia, é possível estender tal competência à autoridade de PJM?

Verifica-se que a extensão ao Delegado de Polícia, de certa forma, vinculou-se à sua competência em apurar um crime comum. E quando o fato está vinculado a um crime militar?

⁹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 79.

Neste sentido, parece que há perfeito encadeamento da norma no que tange ao registro e apuração de um ato infracional vinculado a um crime militar, tal como tal vinculação de fato ocorre em relação ao crime comum e o Delegado de Polícia.

O Estatuto, como visto, deixou a cargo da *autoridade policial* a confecção dos atos relativos à apreensão, posto que a ela é apresentada a devida ocorrência.

O que se vislumbra, então, é que autoridade policial não é única e exclusivamente um Delegado de Polícia, pois, ressalta-se, o ato infracional militar é aquele que está vinculado a um crime militar, cuja competência de apuração é da autoridade de Polícia Judiciária Militar.

Para uma melhor divisão das duas situações, abaixo serão elencadas propostas de procedimentos.

5.1. Em caso de crime militar:

Conforme já visto, se ocorrer um fato, cujo enquadramento o caracteriza como “crime militar”, entende-se que a apresentação deste deve ser realizada a uma autoridade de Polícia Judiciária Militar, a qual deverá seguir o rito no ECA, previsto nos artigos 171 e seguintes.

Apenas para reforçar tal fato, é exatamente esse o entendimento decorrente das alterações da Lei 9299/96, posteriormente “constitucionalizada” pela Emenda Constitucional 45/04, ao alterar o art. 125 da Constituição Federal.

Por tal norma, tem-se que, em casos de crimes militares, quando praticados de forma dolosa contra a vida de civil, a competência de julgamento será da Justiça Comum, mais precisamente do Tribunal do Júri.

Em situações desse tipo, há dois momentos bem demarcados: apuração e julgamento. Assim, quando da ocorrência de tais fatos, a apuração

deve ficar a cargo da autoridade de PJM que enviará o Inquérito Policial Militar à Justiça Militar (conforme o disposto no art. 82 do CPPM) momento em que, a autoridade judiciária, ao entender que se tratou, em tese, de um crime doloso contra a vida de civil, encaminhará os autos à Justiça Comum.

Percebe-se, claramente, nesses casos, que, embora determinada legislação tenha alterado a competência de julgamento, tal alteração não se estendeu, necessariamente, à competência de apuração.

Com isso, vislumbra-se ainda que, dos atos praticados em virtude da apuração de ato infracional, deverá a autoridade de PJM encaminhar os devidos autos à Justiça Militar e esta, declarando-se incompetente para apreciar tal matéria, por força do art. 148, inciso I, deverá remetê-los à devida Justiça Especializada⁹⁵.

A apuração por meio da autoridade de PJM transparece-se até num sentido “lógico”, quando aplicada a um caso concreto. Imagine a seguinte situação: um adolescente, na função de guarda de seu quartelamento, abandona o posto ao qual estava destinado a permanecer durante determinado período de tempo. Constatado tal fato, o Oficial de Dia de sua Unidade, ou autoridade equivalente, se partir-se do fato que somente um Delegado de Polícia é a autoridade competente para instauração do devido procedimento, apresentaria tal adolescente ao delegado e narraria os fatos.

Considerando que o primeiro ato do Delegado de Polícia nesse caso seria de buscar a tipicidade da conduta (ou seja, verificar se o que foi praticado enquadra-se no descrito na norma – tipo penal), o que restaria a esta autoridade? Realizar um estudo do Direito Militar (cujos crimes não são de sua competência de apuração) e, ainda, concluir, provavelmente, sem a devida convicção que requer uma decisão desta natureza. De fato, não faria sentido a apresentação ao delegado neste caso⁹⁶.

⁹⁵ Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:
I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis; (...)

⁹⁶ De forma alguma se discute neste trabalho a competência intelectual dos Delegados de Polícia. Ocorre que as dificuldades seriam enormes para o perfeito entendimento, se

5.2. Em caso de ato infracional comum

Em situações de ato infracional comum, quando praticados por militares, o entendimento afigura-se de forma mais simples.

Parece não restar dúvidas da competência do Delegado de Polícia nesse caso, o qual realizará todos os feitos pertinentes e encaminhará à autoridade judiciária da infância e juventude.

O que merece destaque é que este adolescente, mesmo tendo praticado o ato infracional de natureza comum, deve ter as suas prerrogativas de militar observadas, consoante dispõe o próprio CPPM. Assim, ter a sua escolta realizada por integrante de sua própria força, respeitando-se ainda a sua condição hierárquica, são princípios legais que não podem ser abandonados.

Aqui, o entendimento para o Delegado de Polícia já está inserido em seu cotidiano e afeto às suas funções, pois o ato infracional está vinculado a um crime comum, restando como militar apenas a condição do agente.

considerar-se, ainda, que a disciplina Direito Militar não é estudada nas Faculdades de Direito, não consta do rol de assuntos de exames como da OAB e da própria carreira de Delegado de Polícia. Assim, pode esta autoridade ter galgado a sua nobre função sem ter tomado contato com esta legislação especial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já comentado no início deste trabalho, a rara ou inexistente bibliografia do tema em estudo por vezes acarreta que a pesquisa não supra, num primeiro momento, todas as questões suscitadas.

Procurou-se, desta forma, realizar uma relação entre os ramos do Direito Militar e o da Infância e Juventude, e se vislumbrou uma possibilidade comum entre ambos: o adolescente militar.

Visando dar uma contextualização das particularidades do regime militar e, buscando aliá-lo à situação fática de um adolescente estar inserido nesse ambiente, alguns apontamentos podem ser realizados.

Inicialmente, um esboço histórico demonstrou que o militar, à luz das Constituições e das leis infraconstitucionais, recebeu, decorrente das peculiaridades e das suas funções perante o Estado, tratamento diferenciado, ou ao menos, “apartado”, no que diz respeito, inclusive, a direitos e garantias individuais.

Claro ficou também que um adolescente tem plenas condições de se tornar um militar, porém, embora com a possibilidade de ser civilmente emancipado, permanece, sob a égide penal, considerado inimputável.

Verificou-se ainda que tal adolescente está sujeito às normas administrativas internas das Instituições, em especial aos seus Regulamentos Disciplinares porém, em face da sua inimputabilidade, a qual não pode ser “antecipada”, a sua conduta, enquadra-se em um tipo penal que será considerada “ato infracional”.

Percorrendo aspectos da legislação que incidirão sobre este adolescente demonstrou-se que as normas, ao estabelecerem suas tipificações, têm como objetivo tutelar “algo”, ora denominado de “bem jurídico”.

O bem jurídico, desta forma, está presente nas normatizações “comuns” e militares e, ao estudá-lo, surgiu o questionamento acerca da “prevalência” de um sobre o outro e, conseqüentemente, das normas em estudo, ou seja, qual norma teria um “peso” sobre a outra? O ECA ou o CPM?

Visando dar a resposta, buscou-se a solução de tal conflito com base no princípio da especialidade de onde, na visão deste autor, difícil é o embasamento de que o Código Penal prevalecerá sobre o ECA, até em razão da supremacia constitucional, da qual o ECA transparece-se como a lei especial indicada para regularizar a condição do adolescente.

Por outro lado, uma dúvida passa a surgir neste cenário: seria o ECA, em especial as suas medidas socioeducativas, a única possibilidade de aplicação ao adolescente militar infrator?

Aí, *data venia*, entende-se que é possível a substituição das medidas socioeducativas, quando cabíveis, pelas sanções disciplinares previstas nos Regulamentos Disciplinares, em especial no cometimento de crimes propriamente militares, em que se demonstrou que tais regulamentos tutelam bens jurídicos muito próximos, senão idênticos, diferenciando-se apenas em grau, em relação ao CPM.

Para essa consideração, levou-se em conta não só o que foi infligido da norma, mas a condição que aquele adolescente se encontra no momento. Como visto, o sistema militar possibilita e possui diversas formas de controle que, por vezes, já são os dispostos nas medidas socioeducativas, demonstrando, assim, a viabilidade de que os objetivos de uma medida socioeducativa sejam cumpridos por meio de sanção disciplinar.

Por fim, buscando fechar o ciclo, afigurou-se a possibilidade que, em caso de ato infracional vinculado ao crime militar, os fatos sejam apresentados a uma autoridade de Polícia Judiciária Militar, a qual deverá seguir o rito do ECA para a apuração dos fatos, encaminhá-la a sua justiça vinculada (Militar) e esta, declarando a sua incompetência, remeter os autos à Justiça da Infância e Juventude para prosseguimento dos feitos.

Já, em relação ao ato infracional vinculado ao crime comum, não se vislumbram grandes diferenças do que já ocorre atualmente, devendo apenas, como também na situação citada anteriormente, ocorrer a observância hierárquica e o respeito a esta condição em relação ao adolescente.

Assim, neste trabalho, visou-se ao início de um estudo contextualizado que envolve os adolescentes neste “duplo” momento de suas vidas, seja pelo fator etário, seja pela condição de militar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e da Juventude*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral*. v. 1, Curitiba: Juruá, 2005.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal Objetivo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves. *Legislação Penal Especial – Sinopses Jurídicas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HUMANOS, Secretaria Especial dos Direitos. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*. ed. rev. Brasília: SEDH/PR, 2010

ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil: A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de direito penal militar*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2005.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da organização do Estado, dos Poderes e histórico das Constituições – Sinopses Jurídicas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCHA, Abelardo Júlio e outros. *Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo – anotado e comentado*. 2. ed. São Paulo: Suprema Cultura, 2007.

ROTH, Ronaldo João. *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

SHECARIA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2003

TOLEDO, Francisco Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

Referências na rede mundial de computadores - Internet:

BRASIL, Presidência da República do. Em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 de mar. de 2010.

BRASIL, Senado Federal da República do. Em: <<http://www6.senado.gov.br>>. Acesso em: 13 de mar. de 2010.

PAULO, Polícia Militar do Estado do. Em: <<http://www.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/apmbb/pdf/grade.pdf>>. Acesso em: 02 de jul. de 2010.

PAULO, Polícia Militar do Estado do. Em: <<http://www.policiamilitar.sp.gov.br/abrirframes.asp?PAGINA=http://www.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/apmbb>>. Acesso em: 02 de jul. de 2010.

RESPOSTA, Direito de. Em: <<http://direitodresposta.forumeiros.com/>>. Acesso em: 15 de fev. de 2010.

SANTOS, Alexandre Andrade dos. *A desclassificação dos ilícitos penais militares e o comportamento da autoridade administrativa.* Em: <<http://www.tjmsp.jus.br/exposicoes/art005.pdf>>. Acesso em: 02 de abr. de 2010.

SANTOS, Alexandre Andrade dos. *Aplicabilidade da lei 11149/07 no ordenamento processual penal militar.* Em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/aplicabilidadelei11149.pdf>>. Acesso em: 20 de jun. de 2010.

ANEXO I

Grade curricular do quadriênio 2006-2009 do Curso de Formação de Oficiais da Academia de Polícia Militar do Barro Branco – APMBB, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, extraído de
<http://www.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/apmbb/pdf/grade.pdf>