

O desenvolvimento da doutrina da proteção integral no Brasil e o Estatuto da Criança e do Adolescente

DOI: 10.31994/rvs.v13i1.789

Larissa Oliveira Machado¹

RESUMO

O presente artigo, através de pesquisa bibliográfica, pretende apresentar os marcos históricos que levaram o Brasil a aderir à Doutrina da Proteção Integral, insculpida pela Convenção dos Direitos da Criança de 1989 e corroborada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como demonstrar através de dois exemplos jurisprudenciais como a aplicação desta teoria se dá na prática, visando sempre ao melhor interesse da criança e do adolescente e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Nesta toada, de antemão, é possível concluir que o ordenamento jurídico pátrio, bem como os tribunais, dispensam relevante importância ao Direito da Criança e do Adolescente, contudo ainda é necessário trazer tais conceitos para prática diária.

PALAVRAS-CHAVE: DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

ABSTRACT

This article intends to present historical landmarks that led Brazil to adhere to the Full Protection Doctrine, inscribed by the 1989 Convention on the Rights of the Child and

¹ Advogada, pós-graduada em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus, graduada em Direito pelo Instituto Vianna Jr, e-mail: larissamachoadvg@outlook.com, id de ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2588-1305>

confirmed by the Statute of the Child and Adolescent, by a bibliographic research, as well as to demonstrate through two jurisprudential examples how the application of this theory occurs in practice, always aiming at best interest of children and adolescents and their peculiar condition as a developing person. In this tone, it is possible to conclude that the Brazilian legal system, as well as the courts, give relevant importance to the Rights of Children and Adolescents, however it is still necessary to bring such concepts into daily practice.

KEY-WORDS: FULL PROTECTION DOCTRINE. CHILDHOOD AND YOUTH DISTRICT COURT. STATUTE OF THE CHILD AND ADOLESCENT.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende fazer uma análise teórica do desenvolvimento da Justiça da Infância e da Juventude no Brasil, através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com uma análise qualitativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, no intuito de apresentar os marcos históricos que levaram o Brasil a aderir à Doutrina da Proteção Integral, insculpida pela Convenção dos Direitos da Criança de 1989 e corroborada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como demonstrar através de dois exemplos jurisprudenciais como a aplicação desta teoria se dá na prática, visando sempre ao melhor interesse da criança e do adolescente e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, considerando a relevância desta matéria para o Ordenamento Jurídico brasileiro, mas ao mesmo tempo também marginalizada.

Parte-se da necessidade de proporcionar maior visibilidade ao Direito da Infância e da Juventude, bem como de seu histórico e de fatos relevantes que mudaram a legislação nacional, garantindo maior proteção aos meninos e meninas brasileiros.

Assim, o que se propõe é traçar uma linha do tempo expondo o caminho percorrido pela Justiça da Infância e da Juventude, desde o Código Melo Matos, primeira legislação publicada no Brasil sobre esta temática, passando pelo Código de Menores, até chegar à Doutrina da Proteção Integral, que fundamenta o Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre o qual se fará um apanhado geral, tratando especialmente do título concernente à prática de ato infracional, principal foco da teoria em estudo.

Desta maneira, no primeiro item do artigo será demonstrada como se deu a evolução histórica da legislação infanto-juvenil no Brasil, pontuando os marcos legais mais relevantes; já o segundo item é dedicado ao estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente, com os seus principais aspectos; por último, o terceiro item expõe como se dá a aplicação da Doutrina da Proteção Integral na prática, através de dois exemplos jurisprudenciais.

Em suma, o que se demonstrará é a importância do estudo da matéria proposta, a fim de que a sociedade como um todo possa cada vez mais ter ciência de sua responsabilidade de garantir a proteção de crianças e adolescentes, cobrando do Estado a adoção de medidas efetivas, afastando-os de meios e situações hostis.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO INFANTO-JUVENIL NO BRASIL

Para entender como chegamos ao atual modelo de legislação infanto-juvenil no Ordenamento Jurídico pátrio, necessária se mostra uma análise histórica da chamada “Justiça Juvenil” em nosso país.

Até o final do século XIX, o Judiciário Brasileiro não fazia qualquer diferenciação entre adultos, adolescentes e crianças, quando, ao fim da década de 1880, os filhos de escravos alforriados e imigrantes recém-chegados passaram a habitar os centros urbanos, criando um “problema social”. Surge aí a necessidade da inserção de políticas públicas nesse aspecto, inclusive penalmente Rodrigues (RODRIGUES, 2010, p. 56).

Então, em 12 de outubro 1927, é publicado o Decreto nº 17.943-A, o “Código de Menores”, também conhecido como “Código Mello Mattos”, em alusão a José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, primeiro Juiz de Menores do Brasil e da América Latina, empossado em 2 de fevereiro de 1924. Tal certame tinha como fundamento a Doutrina do Direito Penal do Menor e consolidou as leis de assistência e proteção a menores.

Há que salientar que havia uma distinção entre os chamados “menores” ou “delinquentes” e as crianças e adolescentes, estes últimos, nascidos em famílias de poder aquisitivo elevado, caso transgredissem qualquer norma, eram submetidos a tratamentos psicológicos. Já os primeiros, muitas vezes órfãos ou nascidos em famílias com poder aquisitivo baixo, eram imputáveis, ou seja, em caso de transgressão, cumpririam pena, como se adultos fossem, eram vistos como sujeitos perigosos ou em risco iminente de o ser.

À primeira vista, o Código de Menores auferia um viés protetivo, porém, com o passar do tempo, sua aplicabilidade se revela de caráter controlador e extremamente higienista, como é possível observar no próprio artigo 1º do referido código, conforme demonstram Siro Darlan de Oliveira e Luis Fernando de França Romão (2015, p. 15):

O menor, de um ou outro sexo, abandonado, ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste código.

Um caso emblemático que serviu como base para a diferenciação do tratamento legal entre crianças, adolescentes e adultos no Brasil, foi o ocorrido com o engraxate Bernardino, um adolescente de doze anos que se irritou com um cliente, jogando-lhe uma lata de graxa. Como consequência, o menino foi preso em uma cela com mais de vinte adultos, onde foi brutalmente violentado. Tal caso, serve como exemplo até os dias atuais:

Em 1927, o Brasil ganhou o primeiro Código de Menores Maioridade penal

Casos que repercutiram na opinião pública, como o do menino Bernardino, levaram o presidente Washington Luís a fixar em 18 anos a idade mínima para prisão de infratores

Um engraxate de 12 anos se irritou, em 1926, com um cliente que se recusou a pagar por um serviço feito nas ruas do Rio de Janeiro. O menino Bernardino teria atirado tinta nessa pessoa, o que acabou rendendo a ele quatro semanas de prisão. Na cela, o garoto foi brutalmente violentado por 20 adultos, segundo notícia do Jornal do Brasil.

Os repórteres do jornal encontraram o menino na Santa Casa “em lastimável estado” e “no meio da mais viva indignação dos seus médicos”. A veiculação do caso causou uma polêmica forte na época e iniciou uma discussão pública que chegou às altas rodas do Congresso e também do Palácio do Catete, a então sede do governo federal. O presidente Washington Luís escolheu o Dia da Criança (12 de outubro) para assinar o Código de Menores. Foi a primeira legislação específica para infância e adolescência no País. Uma das principais decisões foi a de que apenas os maiores de 18 anos de idade poderiam ser criminalmente responsabilizados e encarcerados.

Outro artigo fundamental do código proibiu a chamada “roda dos expostos”. Havia, na época, uma roleta embutida na parede externa de instituições de caridade que permitiam à mulher abandonar anonimamente o filho recém-nascido. Com o código, a mãe teria que registrar a criança e assim entregá-la a um orfanato.”

[Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/07/em-1927-o-brasil-ganhou-o-primeiro-codigo-de-menores>. Acesso em: 20mar2021]

Na década de 1970 (observa-se, durante a Ditadura Militar), o Código de Menores é reformado, passando a ter características paternalistas, esperava-se que o juiz agisse de forma repreensiva, como um verdadeiro “pai”, embora as crianças e adolescentes ainda não tivessem direitos a princípios processuais basilares, como “Devido Processo Legal” e “Ampla Defesa”, sequer se falava em advogado para garantir a sua integridade.

Nesta época, havia uma forte cobrança do Estado com relação às famílias, a fim de que as crianças e adolescentes não chegassem às ruas. Acreditava-se na situação irregular da família, corroborada pela Doutrina Intermediária da Situação Irregular. Contudo, tal preocupação tinha caráter apenas jurídico, não se atendo às questões sociais, gerando omissões criticadas por especialistas em direitos de menores (BAZÍLIO; KRAMER, 2006, p.151).

Outro ponto relevante no tocante a esta lei e que também foi criticado, quanto à adoção da doutrina jurídica para sua concepção, foi a dotação de plenos poderes ao Juiz, sendo o ‘menor’ objeto da lei e da ação dos Juizes de Menores. Segundo tal

determinação, qualquer pessoa, ao encontrar uma criança em situação irregular, poderia encaminhá-la diretamente ao Juizado, podendo o Juiz determinar o que lhe aprouvesse sobre seu destino.

Com a redemocratização e a vigência da Constituição Federal de 1988 (CF/88), além da forte influência da ONU/UNICEF, tratados internacionais de defesa dos direitos humanos e de proteção à criança e ao adolescente passaram a ter força de lei e grande importância no nosso ordenamento jurídico, como a “Convenção sobre os Direitos das Crianças”, também chamada de Convenção de Beijing, que entrou em vigor no Brasil em 23 de outubro de 1990, com Decreto nº 99.710/90 (RODRIGUES, 2017, p. 177).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, ratificado pelo artigo 4º do ECA, determina que a responsabilidade pelas crianças e adolescentes é do Estado, da família e da sociedade como um todo, frisando o seu caráter protecionista, de forma a garantir-lhes, com prioridade absoluta, 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.

Ademais, o artigo 228 da Constituição Federal dispõe ainda que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”.

Assim, chega-se à Doutrina da Proteção Integral, sedimentada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, que, de acordo com a Professora Éllen Rodrigues (2017, p. 184), visa o superior interesse da criança e do adolescente, que são sujeitos de direito e que necessitam de prioridade, em razão de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, cabendo ao Estado e à sociedade, o “mundo adulto”, garantirem “possibilidades isonômicas para o exercício de sua cidadania” (RODRIGUES, 2017, p. 184). Nestes termos, ainda dispõe Rodrigues (2006, p. 20):

É importante ressaltar, contudo, que a construção normativa trazida pelo sistema de proteção integral à criança e adolescente previsto no ECA, prima para que sejam observados os fins sociais e exigências do bem comum. Desta forma, podemos depreender que a essência teleológica do estatuto é protetiva, cujas medidas não visam a punir o

adolescente, mas dar-lhe melhores condições e preparo para a vida. Tal objetivo é construído sob o mecanismo de medidas socioeducativas com natureza diversa das penas, sendo que tais medidas têm caráter pedagógico e visam à ressocialização e reeducação de adolescentes infratores, de forma que seu caráter expiatório tem alcance terapêutico voltado à formação do adolescente, no intuito de mostrar-lhe a reprovação social de sua conduta infratora, a qual é chamada de ato infracional, prevista no artigo 103 do ECA.

Ainda nas palavras da Professora Éllen Rodrigues (2017, pp. 101/102):

[...] o modelo a ser definido como de 'proteção' e de 'responsabilidade', pois considerada a condição especial de seus destinatários, sua responsabilização deverá estar sempre em harmonia com os princípios e garantias relativos à sua proteção.

De acordo com o novo modelo, quando da prática de infrações penais, os menores de 18 anos deveriam estar sujeitos a um amplo catálogo de 'medidas' que se atentariam, prioritariamente, à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e à sua educação. Na aplicação dessas 'medidas' - atendendo à lógica da desinstitucionalização (*diversion*) e aos princípios da Oportunidade, Intervenção Mínima, Excepcionalidade, Brevidade e Superior Interesse e a todos os princípios reitores do Direito Penal e do Processo Penal no Estado democrático de Direito, exige-se que sejam privilegiados programas em meio livre, com a participação da família e da comunidade, de modo que as sanções restritivas e privativas de liberdade funcionem como o último recurso (*ultima ratio*) a ser acionado. Além de fixarem o caráter excepcional e breve das sanções de restrição/privação de liberdade, as normas internacionais estabelecem que as mesmas jamais poderão apresentar caráter aflitivo, degradante ou cruel (Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança, 1989; Resolução 40/33, 1985; Resolução 45/11, 1990; Bustos Ramírez, 2007)

Assim, publicada em 18 de janeiro de 2012, a Lei do Sistema Nacional de Atendimento ao Adolescente em Cumprimento de Medida Socioeducativa (Lei do Sinase), Lei n. 12.594/12, implicou nas mais recentes alterações sofridas pelo ECA, adequando o sistema socioeducativo à realidade brasileira, implementando medidas socioeducativas mais brandas, além de regulamentar detalhadamente o cumprimento da medida de internação, que vem sendo aplicada com maior frequência, dado o aumento das práticas de atos infracionais que admitem tal medida.

2 DO ESTUDO DO ECA

O ECA tem como norte os seguintes princípios: Excepcionalidade, que determina que, dada a existência de cinco medidas socioeducativas mais brandas que a internação, esta deve ser a *ultima ratio*, quando a segregação do adolescente se torna uma necessidade imperiosa, visto que a sua liberdade se mostra uma ameaça à ordem pública. O princípio da Brevidade dispõe que a medida socioeducativa deve durar o tempo necessário para a ressocialização do adolescente e, de preferência, ser o mais breve possível, tendo em vista também o princípio da Atenção à Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento, que prima também pelos ensinamentos sócio-político-pedagógicos. E, por último, chegamos ao princípio da Proteção Integral, que visa o superior interesse da criança e do adolescente, que são sujeitos de direito que necessitam prioridade absoluta, cabendo ao Estado e à sociedade como um todo zelar para que isto de fato aconteça (ISHIDA, 2013, p. 289).

O ECA é dividido em três títulos na Parte Geral: Título I - Das Disposições Preliminares; Título II - Dos Direitos Fundamentais; Título III - Da Prevenção. E outros sete títulos na Parte Especial: Título I - Da Política de Atendimento; Título II - Das Medidas de Proteção; Título III - Da Prática de Ato Infracional; Título IV - Das Medidas Pertinentes aos Pais ou Responsável; Título V - Do Conselho Tutelar; Título VI - Do Acesso à Justiça; Título VII - Dos Crimes e Das Infrações Administrativas. Além das Disposições Finais.

Na Parte Geral, o ECA define os conceitos de criança e adolescente, ou seja, é criança todo indivíduo que conta com doze anos incompletos e adolescente aquele que conta com doze anos completos até dezoito anos incompletos.

Além disso, na Parte Geral, o ECA ainda dispõe os direitos fundamentais da criança e do adolescente, compilados nos artigos 3º e 4º, com amplo debate nos artigos seguintes, observe-se:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes

facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Cabe salientar ainda, para melhor compreensão da Parte Geral do ECA, a importância da diferenciação entre “família natural”, como sendo aquela formada pelos pais, ou um deles, e seus descendentes, podendo-se ampliar para a família extensa, e a “família substituta”, aquela através da qual o vínculo se constitui através guarda, tutela ou adoção.

São de extrema importância e também fortemente defendidos pelo ECA o direito das crianças e dos adolescentes de acesso à educação, esporte, lazer, profissionalização e à informação, o que também corrobora a existência do artigo 343 deste texto legal.

Neste aspecto, o ECA determina que deve haver uma articulação de ações governamentais e não-governamentais dos entes federativos a fim de promover uma política de atendimento aos direitos das crianças e dos adolescentes, com a criação de entidades de atendimento voltadas para orientação e apoio sócio familiar, bem como instituições de acolhimento e de aplicação e regularização de medidas socioeducativas.

Assim, o ECA prevê a existência de medidas de proteção às crianças e aos adolescentes que tiverem seus direitos violados, quer seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em razão de sua conduta.

Às crianças que praticam atos infracionais análogos a crimes são aplicadas as medidas de proteção, com acolhimento em instituições apropriadas, após realização de estudo psicossocial.

O Estatuto da Criança e do Adolescente aborda a prática do ato infracional em seu Título III, que dispõe que nenhum adolescente será privado de sua liberdade, senão em flagrante ato infracional, sem o devido processo legal, sendo-lhes garantidos os princípios da ampla defesa e do contraditório.

A aplicabilidade das medidas socioeducativas é prevista no Capítulo IV. São suscetíveis à aplicação das medidas socioeducativas os adolescentes, 12 (doze) completos a 18 (dezoito) anos incompletos, e os jovens adultos com até 21 (vinte e um) anos de idade. Isto porque, caso o adolescente cometa o ato infracional às vésperas de completar dezoito anos, ainda terá o prazo de três anos para cumprir a medida socioeducativa.

O artigo 112 do ECA elenca as Medidas Socioeducativas aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei em seus incisos, conforme observa-se nos próximos parágrafos.

A medida socioeducativa de advertência consiste em uma admoestação verbal realizada pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude e reduzida a termo, que tem a finalidade de conscientizar o adolescente a respeito da infração cometida, com o intuito de evitar a reincidência. Tal medida é aplicada em casos de ato infracional de pequeno potencial ofensivo.

A obrigação de reparar o dano é uma medida socioeducativa também aplicada em casos de ato infracional de pequeno potencial ofensivo com reflexos patrimoniais. Por exemplo, um caso de ato infracional análogo ao furto, em que o adolescente, por determinação do Juiz da Vara da Infância e da Juventude, devolve a *res furtiva* ou paga o preço necessário para consertar a coisa danificada.

A prestação de serviços à comunidade é uma medida socioeducativa em meio aberto, na qual, durante um período, determinado em sentença pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude e não superior a seis meses, o adolescente frequentará cursos profissionalizantes e realizará serviços assistenciais, de acordo com suas aptidões e em horário que não prejudique sua vida escolar. Compete ao Município a execução desta medida.

A liberdade assistida também consiste em medida em meio aberto, pelo prazo mínimo de seis meses, competindo ao Município a sua execução, nos moldes da Prestação de Serviço à Comunidade, porém se difere desta última, pois, neste caso, haverá a figura de um orientador, responsável por acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente, promovendo-o socialmente, inserindo-o, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio ou assistência social supervisionando sua vida escolar e profissional e apresentando relatório periódico do caso à autoridade competente.

A semiliberdade é uma medida aplicável a casos mais gravosos, executada em meio fechado, onde o adolescente pode sair da entidade de atendimento para estudar e trabalhar, retornando ao referido estabelecimento. Pode ser determinada pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude desde a sentença ou como forma de transição para o meio aberto. Durante o cumprimento desta medida o adolescente tem o direito de receber visitas periodicamente e também de realizar saídas temporárias de final de semana, com o intuito de ressocialização e reintegração ao ambiente familiar. Compete ao Estado a execução desta medida.

A internação é a medida mais gravosa elencada pelo ECA, uma vez que priva totalmente o adolescente de sua liberdade. É a *ultima ratio* da Justiça Juvenil e está sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Assim, tem duração máxima de três anos. De acordo com o artigo 122 do ECA, a internação só poderá ser aplicada em casos de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, por reiteração de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente determinada, a também chamada “Internação Sanção”. O adolescente

em conflito com a lei cumprirá tal medida em Centro Socioeducativo, mantido pelo Estado.

Realizado um apanhado geral das medidas socioeducativas elencadas pelo ECA, parte-se para um estudo mais aprofundado da medida socioeducativa de internação, por ser a mais complexa, regulamentada pela Seção VII, do Capítulo IV, Título III do ECA.

Primeiramente, existem diferentes formas de internação: provisória, sanção e a determinada em sentença pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, sendo esta a mais conhecida pelo senso comum.

A internação provisória consiste na privação da liberdade do adolescente pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, período razoável de duração da ação de Apuração de Ato Infracional. O adolescente ficará acautelado no Centro Socioeducativo, em ala separada daqueles que já foram sentenciados, durante a tramitação do processo de conhecimento. Isto porque há indícios muito fortes de sua autoria e materialidade do fato e o ato infracional foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. É comum a determinação da internação provisória em casos de flagrante ato infracional (ISHIDA, 2013, p. 296).

A internação-sanção é aplicada em casos de descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente determinada pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude. Tem o prazo máximo de 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente, nos autos de Execução, após ouvido o Representante do Ministério Público e a defesa do adolescente (ISHIDA, 2013, p. 296).

Enfim, transcorrido o devido processo legal, o Juiz prolatará sua sentença, na qual, poderá aplicar a medida socioeducativa de internação ao adolescente, como última hipótese, pois, havendo outra medida mais apropriada, esta deverá ser aplicada.

A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, ou seja, os Centros Socioeducativos, onde poderão dar continuidade às suas vidas escolares e, preferencialmente, farão cursos profissionalizantes, sendo dever do Estado zelar pela integridade física e psicológica dos internos, cabendo-lhe adotar

medidas adequadas de segurança e contenção, de forma que estão elencados no artigo 124 do ECA os direitos dos adolescentes que cumprem medida de internação.

Como demonstrado anteriormente, a medida socioeducativa de internação é a *ultima ratio* da Justiça Juvenil e só deve ser aplicada em caso de ato infracional análogo a crime extremamente gravoso, como homicídio, estupro, roubo, latrocínio, entre outros (ISHIDA, 2013, p. 295).

3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NA PRÁTICA

Após toda a explanação acima, quanto ao ato infracional análogo ao tráfico de drogas, cabe salientar que há uma grande divergência entre os entendimentos do STF e da doutrina em relação ao entendimento do STJ, isto porque, foi publicada em 2012 a súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe que “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”.

De acordo com o entendimento do STJ, a medida de internação só é cabível em casos de tráfico de entorpecentes se o adolescente se enquadra no rol taxativo do artigo 122 do ECA, portanto, caberia apenas a hipótese de reiteração no cometimento de infração grave. Desta maneira, a corte convencionou que seria necessário que o adolescente praticasse ao menos três tráficos consumados para que pudesse ser submetido à medida em questão, um exemplo deste posicionamento é o voto do Ministro OG Fernandes no *Habeas Corpus* nº 236694 – PE, 2012/056350-7.

É possível observar, através da ementa abaixo, que o Supremo Tribunal Federal considera, em suma, a vida pregressa do adolescente para a determinação da medida socioeducativa, independentemente do seu número de passagens pela Vara da Infância e Juventude, ou seja, o STF não aplica o requisito da prática de pelo menos três atos infracionais gravosos com trânsito em julgado para a aplicação da internação por tráfico, conforme entendimento da Ministra Carmen Lúcia no *Habeas Corpus* nº: 121974/RJ 2014.

Os Ministros votaram, em unanimidade, com a relatora, denegando a ordem de *Habeas Corpus* e mantendo a sentença *a quo*, uma vez que o magistrado de primeiro grau demonstrou que medidas socioeducativas mais brandas, naquele caso concreto, seriam ineficazes para a ressocialização do adolescente em tela.

Há que se observar que o Direito da Infância e da Juventude deve ser tratado com bastante cautela, por versar sobre seres humanos em formação, principalmente no que diz respeito à prática de atos infracionais.

É necessário que as autoridades façam uso de medidas profiláticas, ainda que gravosas, a fim de evitar a reincidência e o maior envolvimento do adolescente com o meio criminoso e, muitas vezes, a lei não se mostra suficientemente eficiente para tanto, haja vista o aumento dos casos de atos infracionais.

Nesta toada, traz-se à baila o conflito aparente de normas no caso em tela, pois, na prática, uma norma não derroga a outra, ambas dispõem de uma coexistência pacífica, visto que o artigo 243 do ECA foi elaborado visando não só a criminalização da venda de drogas para crianças e adolescentes, como também de substâncias lícitas, mas tóxicas e/ou alucinógenas, tais como as bebidas alcoólicas e a cola de sapateiro. Assim dispõe o referido artigo, após a redação dada pela Lei nº 13.106/15, que incluiu no corpo do texto a expressão “bebidas alcoólicas”:

Art. 243. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica: Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Ocorre que o artigo 33 da Lei de Drogas, que tipifica a conduta de tráfico de drogas, trata-se de uma norma penal em branco, pois o conceito de “drogas” é aquele previsto na Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, portanto, diversas substâncias entorpecentes, como a supracitada cola de sapateiro, não constam no rol previsto pelo Ministério da Saúde, daí a necessária manutenção e aplicação do artigo 243 do ECA (VANIN JÚNIOR, 2015).

Neste aspecto, elucida-se aqui o porquê da aplicabilidade do artigo 33 da Lei de Drogas nos casos de venda de entorpecentes a crianças e adolescentes, afastando o artigo 243 do ECA.

É notório que a Lei de Drogas foi publicada dezessete anos após o ECA, daí tem-se um conflito aparente de normas no tempo, desta forma os juristas valem-se do princípio da alternatividade, uma vez que o artigo 33 da Lei de Drogas é mais recente que o artigo 243 do ECA, aplicando o brocardo latino: “*lex posterior derogat priori*”, ou seja, “a lei posterior derroga a anterior”. Assim, elucida-se este instituto através das palavras de Rogério Greco (GRECO, 2005, pp.121):

A lei nova, editada posteriormente à conduta do agente, poderá conter dispositivos que o prejudiquem ou que o beneficiem. Será considerada uma *novatio legis in pejus* se o prejudicar, ou uma *novatio legis in melius* se vier a beneficiá-lo. Pode a lei nova prejudicar o agente: ampliando o rol das circunstâncias agravantes, criando causas de aumento de pena, aumentando o prazo de prescrição ou mesmo trazendo novas causas interruptivas ou suspensivas, etc. [...]

Além disso, o conflito aparente de normas aqui exposto recebeu esta solução em respeito aos princípios constitucionais da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que a pena cominada ao tipo penal do artigo 33 da Lei de Drogas é mais gravosa que àquela cominada ao tipo penal do artigo 243 do ECA.

Na visão de Dworkin (apud DUARTE, 2013, p. 84), “um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”, ou seja, nos casos de conflito aparente de normas, é legítimo que o jurista se valha de princípios que tutelam a matéria discutida a fim de dirimir tal conflito, o que, notoriamente, ocorreu no caso em discussão. Assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi determinante para a elucidação do conflito aparente de normas entre os artigos 243 do ECA e 33 da Lei de Drogas.

Portanto, os Tribunais superiores pacificaram tal entendimento para que, em todos os casos em que drogas são vendidas, oferecidas, entre outras condutas, a

adolescentes, será aplicado o artigo 33 da Lei de Drogas, observe-se excerto de jurisprudência abaixo (*Habeas Corpus* nº 124938 BA 2008/0285564-3 STJ):

[...] Tendo sido o paciente acusado de oferecer drogas como cocaína e maconha para as adolescentes, não há que se falar em infração penal do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sim no crime de tráfico de drogas constante da Lei 11.343 /2006, que inclusive institui, no artigo 40, inciso VI, uma causa de aumento de pena quando a prática da infração envolver ou visar criança ou adolescente.

(STJ - HC: 124938 BA 2008/0285564-3, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 02/09/2010, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 08/11/2010)

Assim, nota-se que o conflito aparente de normas em tela foi dirimido com cautela e também atenção à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento de crianças e adolescentes por parte dos Tribunais Superiores e também da doutrina.

Neste aspecto, tem-se que a pena cominada ao artigo 33 da Lei nº 11.343/06 foi essencial para resolução deste conflito aparente de normas, uma vez que é mais gravosa que àquela cominada ao tipo penal do artigo 243 do ECA.

Portanto, a pena deve atender a seus interesses sociais, além da reprovação pessoal do apenado, daí também a opção pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06 para a resolução do conflito aparente de normas em tela. Este entendimento deriva do pensamento de Claus Roxin (2005, p. 74):

A categoria sistemática da responsabilidade por mim desenvolvida fundamenta-se, portanto, na ideia de uma dupla limitação do direito estatal de punir: através da culpabilidade e das necessidades preventivas de punição. Se faltar um destes dois pressupostos, ficará excluída a punibilidade. Esta conclusão decorre da teoria dos fins da pena, segundo a qual a pena não pode ser fundamentada nem pela culpabilidade, nem por sua finalidade preventiva, tomadas separadamente, pois a pena pressupõe, para ser legítima, tanto a necessidade social (isto é, preventivamente) quanto uma reprovação pessoal do agente pela existência de culpabilidade.

Desta forma, tem-se que o interesse social envolvido no conflito aparente de normas em tela parte também do caráter pedagógico e preventivo da pena

cominada, visto o combate ao tráfico de entorpecentes no Brasil, principalmente quando envolve crianças e adolescentes.

Portanto, o que se espera é a efetividade dos efeitos primários e secundários da condenação, ou seja, o cumprimento da sanção penal e seus efeitos extrapenais, tais como obrigação de reparar o dano e a perda dos instrumentos ou proveitos do crime, o que é bem claro no caso do tráfico de drogas. Assim, nas palavras de Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2012, pp. 503/505):

Os arts. 91 a 95, do CP, regulam questões atinentes aos efeitos da sentença penal condenatória, bem assim ao instituto da reabilitação penal.

Salienta-se que o primeiro efeito de qualquer condenação penal é a imposição de uma sanção penal, seja ela privação de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples), restrição de direitos, multa ou medida de segurança. Este é o chamado efeito primário da condenação. Além desse há outros efeitos, divididos em efeitos de natureza penal e efeitos de natureza extrapenal.

[...]

Conforme adiantado, há duas sortes de efeitos: (1) genéricos (art.91, do CP), que valem para todos os delitos e têm incidência automática; e (2) específicos (art. 92, do CP), que se encontram relacionados com determinados ilícitos e cuja aplicabilidade exige motivação expressa na sentença. Analisam-se, a seguir, os dois efeitos genéricos de todas as condenações penais (a obrigação de reparar o dano e a perda dos instrumentos ou proveitos do crime), consoante previsto no Código Penal.

Assim, resta finalizado este estudo, elucidando o quão importante é este conflito aparente de normas para Ordenamento Jurídico Brasileiro, uma vez que se trata do vínculo de crianças e adolescentes com o meio do tráfico de drogas e de outras substâncias entorpecentes, lícitas ou ilícitas, que causam dependência.

Desta forma, por ora, é de suma relevância que os dois artigos sejam mantidos, a fim de que as condutas previstas em ambos sejam coibidas através de medidas penais e extrapenais gravosas o suficiente.

Isto posto, resta evidente a necessidade do Estado e também da sociedade como um todo prezarem pelo bem estar das crianças e adolescentes, afastando-os de

meios propícios à prática de condutas delitivas e prejudiciais para o seu desenvolvimento, tais como o tráfico e o uso de drogas.

CONCLUSÃO

Após todo estudo realizado, conclui-se que é possível observar o avanço da legislação infanto-juvenil Brasil ao longo da história recente, em suma após o alvorecer da Doutrina da Proteção Integral, insculpida pela Convenção dos Direitos da Criança de 1989 e corroborada no ordenamento jurídico pátrio pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que é uma referência legislativa internacional, conforme todo o exposto ao longo do primeiro item.

Em relação ao ECA, especialmente abordado no segundo item, nota-se a disposição de abordar todas as circunstâncias que podem vir a ser enfrentadas por uma criança ou adolescente, estejam estes em situação de vulnerabilidade ou não, restando evidenciado o caráter de completude da referida legislação.

Nesta toada, quando se traz à luz a prática da aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Doutrina da Proteção Integral, no terceiro item, é possível observar que há uma disposição dos tribunais em garantir os direitos e o melhor interesse das crianças e dos adolescentes, como tem se discutido sobre a medida socioeducativa mais adequada quando da prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, bem como quando se dá o conflito aparente de normas entre os artigos 243 do ECA e 33 da Lei de Drogas. Contudo, também é importante atentar para o fato de que o ECA deve ser colocado em prática de forma ainda mais efetiva, através de ações da sociedade e do próprio Estado, a fim de se evitar, por exemplo, a prática de ato infracional.

É necessário, assim, que o futuro das crianças e dos adolescentes seja preservado e o afastamento de condutas criminosas é extremamente importante, através da garantia dos direitos previstos pelo próprio ECA, como o acesso à educação, esporte, cultura, lazer, profissionalização, entre outros.

REFERÊNCIAS

BAZÍLIO, Luiz Cavaliere. **Infância, Educação e Direitos Humanos**. 4. ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Lei que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em 15mar2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 492**. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em 15mar2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Jurisprudências. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 15mar2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Jurisprudências. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 15mar2021.

CHAUÍ, Marilena. Ética e Violência no Brasil. In: **Revista Bioethikos**, v. 5, nº 4, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://saocamilosp.br/pdf/bioethikos/89/A3.pdf>. Acesso em: 11mar2021.

CRUZ, Edson. Banalização do Mal. In: **Revista PUC Minas**. nº 12, Belo Horizonte: Fumarc, 2015.



GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. Parte Especial. 7. ed. vol.2. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. Parte Geral. 5. ed. vol.1. Niterói: Impetus, 2005.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 1, São Paulo, RT: 2012.

OLIVEIRA, Siro Darlan; ROMÃO, Luis Fernando de França. **A História da Criança por seu Conselho de Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

PINOTI, Antonio Jurandir. Medidas sócio-educativas e garantias constitucionais. **Revista Igualdade XXIII**. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_19_2_1_5.php. Acesso em 16mar2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: nota geral. V. 1, São Paulo: RT: 2010.

ROCHA, Marcelo C. A. **Súmula 492 do STJ: esperança para o ECA**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22502/sumula-492-do-stj-esperanca-para-o-eca>. Acesso em: 15mar2021.

RODRIGUES, Éllen. **A justiça juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

RODRIGUES, Éllen Cristina Carmo. **A quem o ECA protege? O descompasso entre o discurso e a prática da Justiça Juvenil no Brasil**. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2010.



RODRIGUES, Éllen Cristina Carmo. **Do ato infracional: um estudo de caso sobre medidas socioeducativas à luz da teoria funcionalista.** Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2006.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SENADO FEDERAL. **Quando nossas crianças também iam para cadeia.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/reportagem-especial/reportagem-especial/69507dab-07b0-471e-b282-0e394c86b310>. Acesso em: 13 jan. 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal.** Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VANIN JÚNIOR, Oswaldo Féfin **Nova lei de drogas.** Disponível em: <https://danielvaz2.jusbrasil.com.br/artigos/169726864/a-nova-lei-de-drogas-lei-11343-06>. Acesso em 17mar2021.

Recebido em 03/05/2021

Publicado em 26/04/2022