

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Maria Eduarda Marinho de Souza

Paternalismo Rígido: Análise da aplicação da sanção mais gravosa a adolescentes em casos análogos ao tráfico de drogas nas decisões apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça

Florianópolis - SC

2023

Maria Eduarda Marinho de Souza

Paternalismo Rígido: Análise da aplicação da sanção mais gravosa a adolescentes em casos análogos ao tráfico de drogas nas decisões apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^ª Dra. Marília de Nardin Budó

Coorientador: Glexandre de Souza Calixto

Florianópolis– SC

2023

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC (VIRTUAL)
(Autorizada pela Portaria 002/2020/PROGRAD)

Aos 30 dias do mês de novembro do ano de 2023, às 16 horas e 00 minutos, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), no modo virtual, através do link: “<https://meet.google.com/nfw-cdfv-xys>” intitulado **Paternalismo Rígido: Análise da aplicação da pena mais gravosa a adolescentes em casos análogos ao tráfico de drogas nas decisões apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça**, elaborado pela acadêmica **Maria Eduarda Marinho de Souza**, matrícula 19200736, composta pelos membros **Marília de Nardin Budó**, **Glexandre de Souza Calixto**, **Thiago Yukio Guenka Campos** e **Aline Amábile Zimmermann**, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

(x) Aprovação Integral

() Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

Florianópolis, 30 de novembro de 2023



Documento assinado digitalmente
Marília de Nardin Budó
Data: 30/11/2023 19:37:29-0300
CPF: ***.404.810-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Marília de Nardin Budó

Professor Orientador



Documento assinado digitalmente
Glexandre de Souza Calixto
Data: 30/11/2023 19:26:05-0300
CPF: ***.131.389-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Glexandre de Souza Calixto

Coorientador

Forma digital por THIAGO YUKIO GUENKA
CAMPOS:05233783940
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=presencial,
ou=83043745000165, ou=Secretaria da Receita Federal
do Brasil - RFB, ou=ARCIASC, ou=RFB e-CPF A3,
cn=THIAGO YUKIO GUENKA, CAMPOS:05233783940
Dados: 2023.12.08 15:19:33 -03'00'

THIAGO YUKIO GUENKA

CAMPOS:05233783940

Thiago Yukio Guenka Campos

Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
Aline Amábile Zimmermann
Data: 30/11/2023 19:01:06-0300
CPF: ***.965.969-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Aline Amábile Zimmermann

Membro da Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado Paternalismo Rígido: Análise da aplicação da pena mais gravosa a adolescentes em casos análogos ao tráfico de drogas nas decisões apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Maria Eduarda Marinho de Souza** defendido em **30/11/2023** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 30 de Novembro de 2023



Documento assinado digitalmente

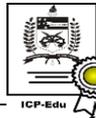
Marília de Nardin Budó

Data: 30/11/2023 19:37:46-0300

CPF: ***.404.810-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Marília de Nardin Budó
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente

Glexandre de Souza Calixto

Data: 30/11/2023 19:27:17-0300

CPF: ***.131.389-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Glexandre de Souza Calixto
Coorientador



Documento assinado digitalmente

Aline Amabile Zimmermann

Data: 30/11/2023 19:02:04-0300

CPF: ***.965.969-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Thiago Yukio Guenka Campos
Membro de Banca

Aline Amáville Zimmermann
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Maria Eduarda Marinho de Souza

RG: 797444-2 MB/RJ

CPF: 116.942.339-60

Matrícula: 19200736

Título do TCC: Paternalismo Rígido: Análise da aplicação da pena mais gravosa a adolescentes em casos análogos ao tráfico de drogas nas decisões apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça

Orientador(a): Marília de Nardin Budó

Coorientador: Glexandre de Souza Calixto

Eu, Maria Eduarda Marinho de Souza, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 30 de novembro de 2023.



Documento assinado digitalmente

Maria Eduarda Marinho de Souza

Data: 30/11/2023 18:52:17-0300

CPF: ***.942.339-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

MARIA EDUARDA MARINHO DE SOUZA

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo, sou imensamente grata a D'us por tornar meu sonho possível, por ter me dado saúde e determinação para não desanimar durante toda minha vida acadêmica e, na sua infinita bondade, me ajudou a superar todos os obstáculos encontrados no decorrer desses 5 anos de trajeto acadêmico, obrigada D'us pelo amparo e fortaleza, sem Deus nada teria sido possível.

Sou a grata a minha mãe, Sheila, porque quando tudo dizia que não, abriu mão de quem era pra cuidar de mim, pelos imensos esforços que fez pra chegarmos até aqui. Obrigada por todas às vezes que se colocou de lado para estar aqui por mim e pelo Daniel.

Ao meu pai Sandro, que me **escolheu** como filha.

Aos meus pais em conjunto, que sempre fizeram de tudo para que eu tivesse a melhor educação, pelo incentivo e dedicação aos meus estudos, pelo amor incondicional e por tudo que fizeram por mim, não tenho palavras para agradecer.

Ao meu irmão, Daniel, desde que você nasceu eu pude experienciar o que é o verdadeiro amor. Também ao meu avô Francisco -nunca te esquecerei-, ao meu avô Bernardino, e minha avó Odília, pelas doçuras de sua palavra, meu obrigada.

À minha avó Vera, que sempre foi inspiração de força e cuidado.

Aos meus primos, Dayla, Júnior, Carol e Pedro Lucas, que talvez tenham sido os primeiros irmãos que tive. A saudade de vocês é parte de mim.

Ao colégio de aplicação e à UFSC, pela educação de qualidade me dada até aqui, não há palavras que possam descrever o poder da educação na vida das pessoas, se cheguei até aqui e se meu futuro me espera é pelo acesso à educação pública, gratuita e de qualidade que tive.

Ao grupo de criminologia crítica, à Vera de Andrade, a Isabela, Pietra, Damaris, Aline, Tiago e tantos outros que tive o prazer de compartilhar essa jornada. Ao grupo que me fez enxergar o sistema judiciário como ele é, suas possibilidades e seus limites, que um dia possamos ver um mundo sem um sistema para nos controlar.

Ao meu querido amigo Glexandre, que nessa caminhada árdua que é a graduação foi amparo de angústias e alegrias, sem você e sua ajuda nada disso existiria.

Ao Ghabriel e Bruno, obrigada por ficarem comigo e arrumarem as minhas bagunças comigo quando elas aparecem. Sem vocês eu estaria presa nelas.

Aos meus amigos que fiz durante a graduação, meus mais sinceros, obrigada, não poderia chegar aqui sem o companheirismo de vocês. Aos meus amigos que fiz no Ensino

Médio até aqui, me recuso a escrever nomes, vocês sabem quem são, vocês ajudaram a formar quem eu sou hoje, e, por isso, serei eternamente grata.

À Malu Loch e Victor Spiess, pelas companhias quando não quis ficar sozinha, e à Melany, que abriu seu lar e deixou ser minha morada por uma semana.

A Terceira Vara Criminal da Capital que foi meu primeiro estágio, e não poderia ter sido num lugar melhor. Aos meus chefes, aos assessores, analistas e estagiários que puder ter contato, cada um de vocês que sonharam os meus sonhos, que se importaram e me ajudaram a seguir, sou grata.

Ao defensor Thiago Yukio e à defensoria pública por tudo que me ensinaram, e porque foram, e são, fonte de inspiração em dias que me vejo desanimada nessa caminhada que é o sistema judiciário brasileiro.

À professora Marília, que durante toda a graduação foi um respiro e fonte de inspiração por uma criminologia crítica, e, por ter aceitado me orientar nessa monografia.

Quero findar me agradecendo, agradecendo a Maria Eduarda do passado que nunca desistiu, que sonhou anos e anos em ingressar numa universidade pública, que sonhou com esse curso por dias, que em 2018 abdicou de muita coisa para estudar e passar. Valeu muito a pena, e valerá.

O ano de 2023 foi o ano mais difícil da minha vida, e, por isso, agradeço a todos que de certa forma fizeram dele um pouco melhor. Por isso, a todos em minha vida, seguimos juntos, lutaremos, venceremos. Mátia Livre.

Não há dúvida de que o problema do encarcerado nem chega a ser de ressocialização ou de reeducação, mas, primeiramente, de socialização ou de educação. Numa palavra, não se reeduca ou ressocializa quem, sequer, educou-se ou socializou-se.

Leticia Lopes Dall'agno

RESUMO

O trabalho tem como objetivo averiguar o impacto do paternalismo no judiciário, na medida em que, adolescentes que cometem atos análogos ao tráfico de drogas são submetidos à aplicação da *pena/Medida Socioeducativa* mais gravosa do que pena impostas aos adultos que respondem pelo tráfico privilegiado, compreendendo os discursos legitimadores utilizados e explorando a expressão do paternalismo no discurso e nas práticas judiciais. O foco está na análise crítica do processo de criação dos direitos infantis, destacando suas limitações em proteger todas as crianças, e, no presente caso, os adolescentes que sofrem Medidas Socioeducativas. O questionamento central é por que adolescentes são punidos mais severamente, especialmente no contexto do crime de tráfico de drogas, em comparação com adultos que cometem atos semelhantes, e, compreender quais são os discursos legitimadores utilizados, entendendo como o paternalismo se expressa no discurso e nas práticas do judiciário. A abordagem adotada envolve a análise de decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), considerando-o como o tribunal de maior relevância na interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e na definição da justiça juvenil no Brasil. A escolha do ano de 2022 para a análise é justificada pela necessidade de examinar decisões tomadas após o período da pandemia de COVID-19 nas decisões judiciais.

Palavras-chave: Paternalismo Judiciário; Medidas Socioeducativas; ato análogo ao tráfico de drogas; criminologia crítica

ABSTRACT

The aim of this work is to investigate the impact of paternalism on the judiciary, as adolescents who commit acts analogous to drug trafficking are subjected to more severe penalties/socio-educational measures than those imposed on adults charged with privileged trafficking. This involves understanding the legitimating discourses used and exploring the expression of paternalism in both discourse and judicial practices. The focus is on the critical analysis of the process of establishing children's rights, highlighting its limitations in protecting all children, and teenagers. The central question is why teenagers are more severely punished, especially in the context of drug trafficking, compared to adults who commit similar acts. The adopted approach involves analyzing decisions from the Superior Court of Justice (STJ), considering it as the most relevant court in interpreting the Statute of the Child and Adolescent (ECA) and defining juvenile justice in Brazil. The choice of the year 2022 for analysis is justified by the need to examine decisions made after the period of the COVID-19 pandemic in judicial proceedings.

Key-words: Judicial Paternalism; Socio-educational Measures; acts analogous to drug trafficking; critical criminology

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 POR DETRÁS DA CRIAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	13
2.1.1 O Tratamento aos “Menores” no Direito Internacional e Brasileiro	13
2.1.2 A Doutrina da Proteção Integral e a Lei 8.069 de Julho de 1990, o ECA.	25
<u>2.2 Direito Penal Juvenil: A Responsabilização Estatutária aos Adolescentes que cometem Atos Infracionais</u>	29
2.2.1 Capacidade e Incapacidade de acordo com o Código Civil de 2002.	29
2.2.2 Capacidade civil e capacidade plena	31
2.2.3 Imputabilidade, Inimputabilidade Penal e Menoridade Penal	32
2.2.4 Ato Infracional e Medidas Socioeducativas	34
3 PATERNALISMO JUDICIÁRIO: LEI DE DROGAS, TRÁFICO PRIVILEGIADO E O ATO ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS	42
3.1.1 A Lei de Drogas e o Paternalismo Judiciário	43
3.1.2 Tráfico privilegiado e o ato análogo ao tráfico de drogas	49
3.2 O caso análogo ao tráfico de drogas e as Decisões perante o STJ	51
3.2.1 A escolha das Decisões	51
3.2.2 Análise das Decisões	52
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

Quando ingressei na universidade pública em 2019 não sabia o que me aguardava, só tinha uma certeza: aquele era o meu lugar. Não precisei conhecer a UFSC, nem me habituar à sua rotina, aquele lugar já era minha casa há muito tempo, desde o Ensino Médio, quando tive o privilégio de estudar no Colégio de Aplicação da Universidade Federal de Santa Catarina. Foi ali, em 2015, naquele momento que comecei a enxergar as formas de opressão que estamos suscetíveis desde a infância -infelizmente.

Decidir o que pesquisar e o que falar nunca me pareceu difícil, nunca tive dúvida do curso que queria fazer, nunca tive dúvida que era no direito penal que me encontraria, o que não sabia ainda é que, não pela prática do direito penal que eu me apaixonaria, seria pela similaridade entre a minha cor de pele e os apenados que eu o odiaria. Muito hoje é tratado do encarceramento em massa da população preta do Brasil, diversos são os pesquisadores engajados em mostrar como a máquina do capitalismo nos mata todos os dias, como a perpetuação do racismo escolhe quem morre e quem vive, quem come e quem passa fome. Entretanto, foi na criminologia crítica - não a positiva que ignora que antes de falarmos do crime, precisamos falar de quem é o *criminoso*, através dos brilhantes ensinamentos de Vera de Andrade, Juliana Borges, Luciana Boiteux, que eu aprendi e entendi como enfrentar o papel que o judiciário tem na imposição e controle dos corpos. É no abolicionismo que miro, sabendo que não é possível no sistema econômico que vivemos, me convenço que o garantismo é, e pode, pelo menos amenizar a dor dos meus ancestrais.

Bom, e como disse Pietra na sua própria introdução na monografia, *é certo que o processo de elaboração científica exige método, direção e clareza. No entanto, ao longo de toda a pesquisa e escrita desse trabalho fui guiada por algo que ultrapassa a metodologia e que se revela como mais do que uma vontade, um compromisso político: o de falar dos direitos daqueles de quem poucos falam.*¹ Algumas pessoas nascem negras, algumas se descobrem- como foi o meu caso, e, é partir da minha própria vivência encarando esse sistema que o tempo todo me diz que não posso e não consigo, através do trabalho que exerci enquanto estagiária na defensoria pública e, pelo olhar crítico da criminologia, que neste trabalho resolvi abordar os direitos dos mais negligenciados: os adolescentes pretos.

¹ INÁCIO, Pietra Lima. **Todo preso é o amor da vida de alguém:** Os impactos da COVID-19 no sistema prisional brasileiro pela perspectiva das familiares de apenados. Tese (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 17. 2021.

O objetivo desta monografia é o de saber como o paternalismo judiciário impacta nas decisões sobre o futuro das nossas crianças. Ou seja, como o discurso paternalista de que o Estado *deve* proteger e educar crianças que *vão ser categorizadas como vulneráveis*, esse mesmo Estado exclui, rotula e *pune* crianças através do pátrio poder. E mais que isso, através deste trabalho, busco mostrar o processo de criação dos *direitos infantis*, que, muito embora alguns autores ignorem, não atendem e não protegem todas as crianças. Por que punimos mais gravemente as criancinhas? É através do discurso paternalista que o estado crava sentenças e tira todos os dias crianças de seus lares com a desculpa de *reeducação*. Se um adulto tem o direito ao regime aberto e, quando a pena aplicada, pode substituí-la por restritivas de direito, por que quando adolescentes cometem o mesmo ato análogo são punidos mais rigorosamente? É evidente que o judiciário corrobora e está à mercê das formas de opressão da sociedade, ingênuo seria achar que adolescentes negros não são mais punidas que brancas, quando estes, nunca tiveram seus direitos assegurados. Por isso, neste trabalho, como forma de não me excluir, utilizei a primeira pessoa, por entender que a escolha e o tema de pesquisa estão intrinsecamente relacionados com quem sou.

A escolha de analisar decisões tomadas pelo STJ, se dá em razão de este ser o tribunal mais alto na hierarquia judiciária que costuma interpretar o ECA e que define como a justiça juvenil se dá no Brasil. Embora o Supremo Tribunal Federal (STF) seja hierarquicamente superior ao STJ, não julga casos relativos a esse tema com tanta frequência quanto aquele, e é responsável por uniformizar jurisprudências. Embora juízes de primeira instância e tribunais estaduais julguem questões parecidas com a qual coloco como objetivo aqui, esses não possuem a missão formal de comunicar suas decisões para todos os juízes e tribunais do país, consolidando o que entendemos como jurisprudência.

Em razão do Covid-19, escolhi analisar decisões que foram proferidas após a “normalidade”, entendendo que as decisões tomadas no período da pandemia não reproduziriam a realidade dos fatos, pelo simples fato de que não estávamos em momentos de normalidade, e, inclusive, o CNJ tinha se manifestado sobre as medidas de privação de liberdade. Dessa forma, selecionei o ano de 2022 para análise das decisões.

Foi no início desse ano, que após dois anos de estágio na Terceira Vara Criminal da capital, e um ano na Defensoria Pública de Santa Catarina, na minha sala de estágio que me senti desconcertada com a forma como o sistema judiciário pune, cada vez mais, em razão de uma política fracassada que é a política de guerra as drogas, não só jovens – visto que atualmente 41% da nossa população encarcerada são pessoas entre 18 e 29 anos, mas também, como essa política afetaria os nossos adolescentes, e, de forma mais punitiva do que

com adultos, em razão da forma como nossa sociedade e o judiciário veem crianças e adolescentes, *que apenas são vistos quando cometem um ato infracional*, dessa forma, o objetivo principal desse trabalho é, além de verificar se de fato esses adolescentes são punidos de forma mais rigorosa que adultos, compreender quais são os discursos legitimadores utilizados, e entender como o paternalismo se expressa no discurso e nas práticas do judiciário. E, também foi necessário enfrentar a problemática da pouca bibliografia produzida a respeito da relação entre punição de adolescentes em comparação aos adultos e dados que indicassem quem são esses adolescentes internados. Em razão disso, juntando os escassos dados disponíveis, foi escolhido traçar de forma própria, esses dados, usando o marco teórico da criminologia crítica.

2 POR DETRÁS DA CRIAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Nesse capítulo, tento fazer um paralelo de como funcionava a infância e ou a falta dela antes do atual Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, por isso, é introduzindo como eram ditados os direitos das crianças internacionalmente e seus efeitos no Brasil, destacando e fazendo o recorte de raça, entendendo que esse direito não chega às crianças de forma igual. Assim, começo trazendo o funcionamento do tratamento aos “menores”, e as doutrinas que se perpetuaram no Brasil, até a da proteção integral, que se consolidou com a Criação do ECA e com a Constituição Federal de 1988..

Após, faço um paralelo com o *Direito Penal Juvenil*, e como funciona a categorização de quem pode ser responsabilizado de acordo com o ECA, explicando o funcionamento dos Atos Infracionais e as Medidas Socioeducativas de Proteção nele impostas.

2.1.1 O Tratamento aos “Menores” no Direito Internacional e Brasileiro

Para entendermos como funciona o direito juvenil atual e o Estatuto da Criança e do Adolescente, devemos entender o progresso que se deu até a atual lei promulgada em 1990. Podemos assim dividir essa etapa em três processos de acordo com Emílio Garcia Méndez (2000): caráter penal indiferenciado, a de caráter tutelar e a de caráter penal juvenil.

O direito da criança e adolescente é e deve ser tratado como direito fundamental, mas é só no momento em que os direitos humanos são taxados como fundamentais que podemos traçar a história do que temos hoje: a proteção integral das crianças e adolescentes.

Com a criação dos primeiros códigos penais, ao fim do Século XIX e início do século XX, crianças, adolescentes e adultos eram punidos no mesmo lugar, não havendo diferenciação entre as punições e celas, inclusive sendo estas usadas tanto por adolescentes quanto por adultos. De acordo com Saraiva², citando García Méndez, é no início do século XX, que nos Estados Unidos começa um movimento chamado de “Movimento dos Reformadores”, que buscavam a separação dos adultos e adolescentes, entretanto, apenas pelas questões de “promiscuidade” do alojamento, no sentido de manter as crianças separadas dos adultos como forma de manter sua pureza.

Nem mesmo com o advento da revolução Francesa houve mudança nas penas impostas aos adultos e “menores”, com a industrialização e o desenvolvimento do

² SARAIVA. João Batista Costa. *Adolescente Penal e Responsabilidade Penal*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 12

capitalismo, essas crianças eram também mão-de-obra barata, atingindo até cerca de até 18 horas de trabalho³.

Entretanto, nesse mesmo momento em que na Europa, Inspirada pelos pensamentos iluministas, buscavam maior liberdade para que fosse instaurado um Estado democrático para assegurar os direitos dos cidadãos, no Brasil, Saraiva diz que não há distinção, do ponto de vista da responsabilidade civil, entre um cachorro e uma criança:

No ponto de vista da responsabilidade civil praticados por menores, do Código Napoleônico, passando por atos pelo revogado Código Civil pátrio ao vigente Código Civil Brasileiro, pode-se afirmar que a Lei Civil não estabelece muita diferença entre uma criança e um cachorro, a responsabilidade civil é do dono⁴:
Assim como ao dono do animal incumbe a responsabilidade civil pelo dano por este causado,¹² igual responsabilidade terá aquele que exercer o poder familiar pelos atos do filho menor que estiver sob sua autoridade e em sua companhia (Código Civil, arts. 932, I, e 933).

Em relação às crianças negras, nem crianças consideradas eram, não há inclusive na história brasileira uma representação da infância de crianças negras na época da escravatura, por falta de documentos bibliográficos que tratam do tema⁵.

Com a chegada de D. João VI e sua corte, no início do século XIX, estavam em vigência no Brasil as Ordenações Filipinas, as quais ficaram em vigor até o ano de 1830, essa, em se tratando em casos da pena de morte, os maiores de sete até os dezoito anos, tendo como distinção a diminuição da pena em relação ao que chamamos de plenamente capazes, à época, aqueles com 21 anos. Com punições semelhantes aos adultos, menores infratores sofriam com tortura, como queimaduras, açoites e mutilação⁶.

Sendo assim, a imputabilidade penal da época começava aos sete anos de idade. Apenas com a criação do Código Penal do Império em 1830, após a independência do Brasil houve a criação do seu próprio código, embora ainda império. Foi nele que o sistema de imputabilidade penal começa a ter mudança, a responsabilidade penal iniciava-se aos 14 anos, para Veronese (2015), é nesse código que a menoridade passa a ser considerada atenuante. Para os menores de 14 anos, era observado o critério de discernimento em relação ao ato praticado, ou seja, estava sua ação condicionada a sua capacidade de discernimento. O sistema usado para punição de crianças entre 7 e 14 anos usava essa linha da imputabilidade,

³ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária*: elementos aproximativos e/ou distanciadores?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 12/13.

⁴ SARAIVA. *Op. Cit.*, p. 29/30

⁵ LIMA, Fernanda da Silva. VERONESE, Josiane Petry. *Mamãe África, cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial*. Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2011.

⁶ VERONESE, *ibidem*, p. 16

seguindo caráter biopsicológico, cabendo então ao juiz definir e decidir se essas crianças agiram com entendimento dos seus atos.

Claro que todas essas formas de punições não se aplicavam às crianças negras, estas que no início do século XIX representava cerca de 4% dos escravos desembarcados na Cidade do Rio de Janeiro⁷.

Com a forte força do movimento abolicionista, em 28 de setembro de 1871 foi promulgada a Lei do Ventre Livre, o que era visto como avanço, podemos ver hoje como mais uma forma de racismo perpetuada pelo próprio estado e sobre as crianças negras⁸:

§ 1º Os ditos filhos menores ficarão em poder o sob a autoridade dos senhores de suas mãis, os quaes terão obrigação de criar-os e tratá-los até a idade de oito annos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos. No primeiro caso, o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em títulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.

Essa lei cria então duas categorias: escravo por termo determinado- até os 21 anos e a da criança “abandonada”. No ano de 1887, o governo imperial permitiu que fazendeiros e agricultores usassem da mão de obra de crianças e adolescentes negros que haviam nascidos livres, em razão da falta de vaga nos Institutos Agrícolas e Profissionalizantes, que foram criados com o objetivo de solucionar a falta de mão de obra e crianças órfãs⁹.

Com a Proclamação da República que se deixou de usar o Código Penal do Império e temos o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, e passamos a ter como a imputabilidade aos 9 anos e a imputabilidade plena igual, aos 14 anos, os que entre essa idade e obtivessem “discernimento” sobre os atos praticados eram recolhidos em estabelecimento disciplinar industrial, com intuito de correção, com tempo fixado pelo juiz, porém, não poderia passar da idade de 17 anos¹⁰. Enquanto isso, passávamos também pelo processo de abolição da escravatura no Brasil, que em termos de efetivação de direitos tanto para a população negra adulta tanto para as crianças e adolescentes de fato, a mudança é pouca. Para Fernanda da Silva Lima, começa-se uma nova forma de escravidão: a do trabalho assalariado com diversas horas de trabalho e poucos direitos garantidos. Às crianças negras é negado novamente seu direito de infância, uma vez que, agora, lidariam com o abandono ou pobreza.

⁷ LIMA F. S. E VERONESE, J. P. *Op. Cit.*

⁸ LEI Nº 2.040, DE 28 DE SETEMBRO DE 1871

⁹ LIMA F. S. VERONESE, J. P., *Ibidem.*

¹⁰ VERONESE., *Op. Cit* p. 18

Com o início do século XX as crianças não eram mais tratadas como adultas, começava-se a doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência/delinquência, ou abandono-infração¹¹. É nesse mesmo período que diversos países criam seus tribunais de menores, que no Brasil foi criado em 1928¹². O primeiro Congresso Internacional de Menores, ocorreu em Paris, em 1911, para Saraiva, as falas e pensamentos trazidos ao congressos foram os motivadores principais para a criação do momento de "Caráter Tutelar" da justiça de menores, e a efetivação do ponto de vista das questões das crianças e adolescentes com a Doutrina da Situação Irregular¹³:

A política era de supressão de garantias (como o princípio da legalidade) para assegurar a "proteção" dos menores. Para combater um mal, a indistinção de tratamento entre adultos e crianças, criava-se, em nome do amor à infância, aquilo que resultou um monstro: o caráter tutelar da justiça de menores, igualando desiguais.

Citando Martha de Toledo Machado, Saraiva, expõe: a pedra angular das reformas consiste em alterar substancialmente as funções do juiz. O delegado belga no Congresso de Paris, o famoso professor de Direito Penal A. Prins, afirma que a jurisdição de menores deve possuir caráter familiar e que o juiz de menores deve ser um pai e um juiz de vigilância (Atas, 1912, p. 61)".

É nesse mesmo período que a criminologia positivista, com sua base na etiologia do crime e o determinismo, que, para Marília Budó, essa ideia de defesa social dá origem ao agir sobre a chamada infância que ela cita como "desvalida". Nesse momento, com a consolidação do caráter tutelar, veio a homologação da Lei 4.242/1923, a Lei de Assistência Social dos Menores delinquentes e Abandonados, que instituía, em seu artigo primeiro o seguinte: "Art. 1º O menor, de qualquer sexo, abandonado ou delinquente, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção instituídas neste regulamento".

Ou seja, a partir desse momento há uma distinção entre essas crianças, as nascidas em famílias de grande poder aquisitivo e as em famílias "desequilibradas". Nesse sentido, é importante lembrar o que foi feito na Lei Áurea, com a criação do termo de "menores abandonados", isso porque, após a abolição da escravatura, os negros e suas famílias se viram abandonados de uma hora para a outra, elevando as estatísticas da pobreza. A industrialização incipiente, embora atraísse migrantes do campo, não conseguia absorver toda a mão de obra

¹¹ BUDÓ, De Nardin Marília. *Vulnerabilidade e ato infracional: o novo léxico judicial para a legitimação do encarceramento de adolescentes no Brasil*.

¹² Decreto Federal nº 16.273, de 20/12/1923, no Rio de Janeiro, então Distrito Federal.

¹³ SARAIVA, João Batista Costa. *Op. Cit.* p. 40/41

disponível. As cidades experimentavam um crescimento desordenado, e o desemprego e a criminalidade registravam aumentos significativos.

As crianças e adolescentes enfrentavam duas opções: se envolviam em trabalhos árduos ou perigosos, sujeitos a jornadas extenuantes e remunerações ínfimas, ou vagavam pelas vias das grandes cidades, como Rio de Janeiro e São Paulo, reunidos em "maltas", como era comum dizer, envolvendo-se em roubos, aplicando golpes, solicitando esmolas ou simplesmente ociosos. Naquela época, as escolas públicas eram escassas e destinavam-se principalmente aos filhos das classes mais privilegiadas.¹⁴ É nesse momento em que, podemos então dizer que começa, ou se normaliza, a separação de crianças brancas de classes elevadas, e filhos de ex escravos "abandonados".

Em 1927 o Brasil criou seu primeiro Código Especial de Menores, elaborado com diversas leis juntas, estabeleceu o principal: retirar o menor infrator da Legislação Penal, e elevando a inimputabilidade criminal do menor para 14 anos. Além disso, alterando questões como discernimento, culpabilidade, penalidade, tendo como ponto de vista uma perspectiva mais educacional.

Em seu primeiro artigo vai instituir medidas de *assistência e proteção* ao menor de 18 anos, entretanto, trata-se de atribuição do estado os casos dos menores abandonados ou delinquentes. No art. 26 são explicados os critérios do Código que definiriam essas crianças e adolescentes abandonadas:

Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 annos:

I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam;

II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda;

III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido;

IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes;

V, que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem;

VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida.

VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam:

- a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados;
- b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude;
- c) empregados em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude;

¹⁴ Senado notícias. 2015. **Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920**. Disponível: ><https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>< acesso em 08/06/2023

- d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem;
- VIII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel;
 - a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime;
 - b) a qualquer pena como co - autor, cumplice, encobridor ou receptador de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

O Código era, portanto, destinado especificamente a um grupo especial, sendo elas: crianças de primeira idade (art. 2º), infantes expostos (art. 14), menores abandonados (art. 26), menores vadios (art. 28), menores mendigos (art. 29), menores libertinos (art. 30), menores delinquentes (art. 68), capoeiras (art. 78)¹⁵.

Também estabeleceu um sistema punitivo próprio aos menores infratores, entre 14 a 18 anos, entretanto, diferenciavam-se as penas se o adolescente não fosse enquadrado nos termos abandonados e pervertido:

Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

§ 1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental. fôr apileptico, surdo-mudo, cego, ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja elle submettido no tratamento apropriado.

§ 2º Si o menor fôr abandonado, pervertido ou estiver em perigo de o ser, a autoridade competente proverá a sua collocação em asylo casa de educação, escola de preservação ou confiará a pessoa idonea por todo o tempo necessario á sua educação comtando que não ultrapasse a idade de 21 annos.

Cria-se, então, o menor, não, a menina, menino, garota, garoto, o menor, como forma pejorativa, são as crianças pobres as mais atingidas, que podemos destacar em três categorias principais: as crianças abandonadas, para as que não tinham pais, as moralmente abandonadas, que eram de famílias sem condições financeiras ou morais, as delinquentes, para as que praticavam atos “criminosos” ou contravenções. Sendo assim, de acordo com o art. 26, as próprias famílias pobres seriam punidas, visto que a condição de pobreza faria com que o estado tirasse esses pais do pátrio poder. As crianças e adolescentes não eram vistas como possuidoras de direito, na verdade, eram tratadas como um objeto a qual o Estado poderia retirá-las e colocá-las em outras casas, ou em locais de internação a fim de lidar com questões relativas aos conflitos urbanos e criminalidade.

¹⁵ BRASIL. Decreto no 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e protecção a menores. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 mai. 2023.

A perspectiva de Mello de Mattos, criador do código de 1927, era a de que a internação resolveria todos os problemas relacionados ao “menor de idade”, mas esse não foi o caso. Não havia estrutura suficiente nos institutos, e ainda era necessário lidar com a superlotação desses lugares.

Em 1941 foi criado o Serviço de Assistência a Menores (SAM), com o objetivo de prestar assistência social aos menores considerados infratores e abandonados em todo o território nacional:

Art. 1º O Instituto Sete de Setembro, criado pelo decreto nº 21.548, de 13 de junho de 1932, e reorganizado pelo decreto-lei nº 1.797, de 23 de novembro de 1939, fica transformado em Serviço de Assistência a Menores (S. A. M.), diretamente subordinado ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores e articulado com o Juízo de Menores do Distrito Federal.

Art. 2º O S. A. M. terá por fim:

- a) sistematizar e orientar os serviços de assistência a menores desvalidos e delinquentes, internados em estabelecimentos oficiais e particulares ;
- b) proceder à investigação social e ao exame médico-psicopedagógico dos menores desvalidos e delinquentes;
- c) abrigar os menores, á disposição do Juízo de Menores do Distrito Federal;
- d) recolher os menores em estabelecimentos adequados, afim de ministrarlhes educação, instrução e tratamento sômato-psíquico, até o seu desligamento;
- e) estudar as causas do abandono e da delinquência infantil para a orientação dos poderes públicos;
- f) promover a publicação periódica dos resultados de pesquisas, estudos e estatísticas.

Vinha então o SAM como caráter normativo do Código de Menores, com natureza assistencialista e forma a centralizar uma política nacional de atenção aos “menores”.

É em 1940, com o Código Penal que a responsabilidade penal passa a ser aos 18 anos com a afirmação “Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” em seu art. 23. A lei especial que, na época, tinha em sua atuação, os delinquentes e os abandonados.

Entretanto, os que praticassem infrações penais entre 14 e 18 anos eram classificados em razão da periculosidade, cabendo ao juiz, em relação aos menores perigosos, decidir o que aconteceria com suas vidas, podendo ser internado em instituições de reeducação, retirados de sua família e que tutores assumissem sua guarda¹⁶.

Com o final da ditadura Vargas, o país passou por momento de ideias mais liberais, em especial com a Constituição Federal de 1946, entretanto, com o início da Ditadura Militar houve-se mudança abrupta na política Brasileira. Em 1964 foi estabelecida a Lei 4.513 a qual

¹⁶ VERONESE, J. R. P. *Op Cit.*, p. 31-32.

estabelecia a Política Nacional de Bem-Estar do Menor, com gestão centralizada e vertical, criava-se uma sucessora da SAM, entretanto, não se tratava apenas de políticas voltadas aos menores infratores¹⁷.

Art. 6º Fixam-se como diretrizes para a política nacional de assistência a cargo da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, além dos princípios constantes de documentos internacionais, a que o Brasil tenha aderido e que resguardem os direitos do menor e da família:

I - Assegurar prioridade aos programas que visem à integração do menor na comunidade, através de assistência na própria família e da colocação familiar em lares substitutos;

II - Incrementar a criação de instituições para menores que possuam características aprimoradas das que informam a vida familiar, e, bem assim, a adaptação, a êsse objetivo, das entidades existentes de modo que somente do menor à falta de instituições desse tipo ou por determinação judicial. Nenhum internacional se fará sem observância rigorosa da escala de prioridade fixada em preceito regimental do Conselho Nacional;

III - Respeitar no atendimento às necessidades de cada região do País, as suas peculiaridades, incentivando as iniciativas locais, públicas ou privadas, e atuando como fator positivo na dinamização e autopromoção dessas comunidades.

Movida pela Doutrina da Situação Irregular, seu foco seria então os menores “irregulares”, que para Saraiva¹⁸, seriam aqueles em estado de necessidade em razão da incapacidade dos pais para mantê-los, estando, então, em situação de objeto potencial de intervenção do sistema de justiça. Assim, era na realidade uma forma de controle social. Mais tarde, pós-Golpe Militar, a PNBEM passa a ser a FUNABEM¹⁹, que com viés autoritário da ditadura estabelece formas paliativas de lidar com a questão das crianças e adolescentes, limitando-se a proporcionar apenas ensino formal, básico e profissionalizante, com o fim de controlar e precaver a marginalização. “De fato, é o *menor* como *problema* de ordem pública o objeto das políticas elaboradas a partir de fins do século XIX no Brasil.²⁰”

A Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de setembro de 1959, ratificou novo episódio na proteção aos direitos das crianças e adolescentes, ratificada pelo Brasil, inicia-se uma nova era no ordenamento jurídico internacional, deste documento saem as novas percepções que darão no final da década de 80 a diretriz para a formulação da Doutrina da Proteção Integral.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 4.513, 1º de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM)

¹⁸ SARAIVA. João Batista Costa. *Op. Cit.*, p. 45

¹⁹ Decreto n. 74.000, de maio de 1974, passa a FUNABEM ser vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d74000.htm
Acesso em: 13 mai. 2023.

²⁰ BUDÓ, Marília de Nardin. *Op. Cit.*, p. 1030

Em 1979 com o novo Código de Menores estabelece-se de forma mais evidente a Doutrina da Situação Irregular, o código voltava-se então aos menores de 18 anos de idade que:

Art. 1º Este Código dispões sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

Parágrafo único - As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação²¹.

Em seu artigo 2º, o código viria a explicitar o que seria a “situação irregular” a qual se referiam:

Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Sendo assim, trata-se de situação irregular tanto conduta social própria, da família, ou até da própria sociedade, sendo o “menor” o que está em estado irregular e, é papel do estado, intervir, de forma quase paterna, a proteger, assim leciona Saraiva:

Dissertando sobre o tema, Luigi Ferraioli destaca que o paradigma paternalista do direito menoril, fundado na Doutrina da Situação Irregular, resultava de sua natureza informal e discricionária, sempre consignado a um suposto poder ‘bom’ que invariavelmente atuaria no ‘interesse superior do menor’. Este pressuposto resultou dramaticamente desmentido pela realidade, transformando-se o sistema da doutrina da situação irregular na ausência absoluta de regras, possibilitando e legitimando os piores abusos e arbitrariedades.²²

Aos menores de 21 anos e maiores de 18, eram os chamados jovens-adultos, aos quais em casos de infrações teriam medidas de internações, e mesmo que com a maioridade não poderiam ser inseridos na sociedade pelos problemas que os levaram à internação, assim,

²¹ BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores.

²² SARAIVA, *Op. Cit.*, p. 66-67

permaneciam sob jurisdição do Juízo de Menores²³. As medidas de caráter preventivo previstas no artigo 1^a, tratavam-se de medidas de vigilância, incluindo inclusive crianças que não estavam em situação irregular, como, por exemplo, proibir que crianças menores de 10 anos entrassem em espetáculos teatrais sem acompanhamento dos pais -art. 50, proibir que nas rádios e na televisão houvesse apresentação de espetáculos para menores de 10 anos até às 20 horas, de 14 anos, até às 22 horas e ao menor de 18 anos em qualquer horário - art. 53, I, II, III.

O Código de Menores de 1979 atualizou e inseriu novas garantias se tratando da infância e adolescentes brasileiros em relação ao Código de Menores de 1927, entre elas as questões relacionadas ao trabalho, lazer e educação. Entretanto, veio juntamente o amplo poder dado aos juízes, para Veronese, esse poder transformava os juízes em verdadeiros *pater familiae*, já que poderiam atuar em diversos aspectos da sociedade, impossibilitando que certas situações atingissem o “menor”, seja em sua individualidade ou vida comunitária, vejamos:

Art. 8º A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

Além disso, o processo ao qual o “menor”²⁴ infrator seria submetido era inquisitorial, ou seja, iria se sobrepor aos direitos humanos, fazendo com que essa criança fosse apenas um objeto de uma parte do processo investigatório²⁵, podemos notar neste próprio momento que mesmo que agora as crianças já fossem vistas como seres portadores de direitos e que deveriam ter uma diferenciação no seu tratamento em relação aos adultos, em muitos casos esse tratamento, na verdade, seria mais gravoso do que os aplicados aos adultos. Enquanto os adultos tinham - e tem- por fundamento constitucional direito e garantias processuais como o direito ao contraditório, o qual fazem ter direitos durante seu processo, não sendo mais pessoa passiva, mas tendo direito a ampla defesa e até mesmo o direito de permanecer em silêncio sem que fosse prejudicado.

O Código também determinava sobre a prisão cautelar:

²³ VERONESE, J. R. P. *Op Cit.*, p. 39/40

²⁴ Tendo o entendimento que, como esclarece Budó, a categoria menor é, o menor de 18 anos em situação de marginalização social, e que merece correção por sua posição na sociedade: marginalizado, negro e pobre. Em todo o trabalho a palavra *menor* será colocada entre aspas, porque entendo que, menores de 18 anos são adolescentes e crianças são passíveis de direitos assim como qualquer outra categoria social.

²⁵ VERONESE, J. R. P. *Ibidem.* p. 39/40

“Art. 99 O menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal, será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária.”

De acordo com a lei penal os menores de 18 anos eram inimputáveis, entretanto, seguiam sendo punidos como se fossem adultos. Em caso de infração penal o menor de 18 anos deveria ser imediatamente apresentado ao Juiz de Menores, mas em casos em que essa apresentação não fosse possível a polícia responsável o encaminharia à repartição policial especializada, de acordo com o art. 99, § 2º, ou para estabelecimento de assistência, e em falta desses deveria então permanecer em delegacias em dependência separada da destinado aos maiores de 18 anos, entretanto, afirma Veronese, que essa obrigação raramente acontecia, e deveriam ser apresentados aos juízes em até 24 horas, art. 99, § 3º, Lei nº 6.697 de 1979. Porém, caso a autoridade policial solicitasse, poderia esse tempo ser estendido até 5 dias úteis, para diligência de apurar infrações cometidas juntamente com co-autoria de maiores de 18 anos.

Essa forma de detenção então não obedecia a nenhuma formalidade, nas palavras de Veronese:

Constata-se, pelo exposto, que o "menor" podia ser detido fora do flagrante e sem ordem escrita de autoridade judiciária. Tal detenção não obedecia a nenhuma formalidade ou a critérios objetivos. A criança ou adolescente infrator era simplesmente apreendido e encaminhado à delegacia. E, em se tratando de estabelecimentos especiais, era diagnosticado, nas duas hipóteses, se não havia a exigência do cometimento de uma infração penal. Não se exigiam sequer os indícios suficientes da autoria ou mesmo a tipicidade do fato atribuído ao menor - arts. 16 e 99.²⁶

A Emenda Constitucional n.º/1969, previa que, só haveria prisão no caso em flagrante ou em casos em que haviam ordem escrita da autoridade competente, ou seja, mais uma vez, os maiores de idade tinham e eram assegurados de mais direito do que os menores de 18 anos. Inclusive com a Carta Magna de 1988, fica ainda mais gritante essa diferença, já que, de acordo com o art. 5, LXI, da Constituição Federal de 1988 em que determina que só haveria perda de liberdade em casos de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

Enquanto isso, em casos de condenação à internação e liberdade contida em razão de infração cometida pelos menores não haveria determinação de tempo, diferentemente do que acontecia com as penas impostas aos maiores de 18 anos. Vejamos o art. 41 do Código de Menores:

²⁶ VERONESE, J. R. P. *Op Cit.*

Art. 41. O menor em desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

Ou seja, a criança ou adolescente que, juridicamente, fosse considerada “portadora de desvio de conduta” ou autora de infração penal poderia ser recolhida e submetida à “tratamento educacional, ocupacional” e outros a qual o juiz achasse necessário, e pelo tempo que fosse necessário. Nada mais é, na verdade, uma forma de privação de liberdade dessa criança, que seria retirada do seu meio, casa, família e hábitos por um juiz com poder ilimitado a fim de que fosse, “corrigida”. Além disso, poderia essa criança ou adolescente seguir privada de liberdade até após completar seus 21 anos:

Art. 41 - [...]

§ 3º Se o menor completar vinte e um anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais.

Assim, com base na Doutrina da Situação Irregular, o Código menorista, previa assistência, proteção e vigilância, e discriminação. Criminalizava, repreendia e estigmatizava crianças e adolescentes condenados a serem vistos para o resto de suas vidas como “irregulares”, e o estado, intervia em casos em que o “menor” tivesse que obter alguma punição, é essa doutrina e forma de direito que García Méndez, define como Direito Penal do Menor. Além disso, os menores que respondiam por cometerem alguma infração ou apenas por terem “desvios de condutas”, estavam à mercê da decisão do juiz de menores e não eram assistidos por advogados²⁷. Podemos dizer então, que até esse momento, crianças e adolescentes não eram possuidoras de direito, eram apenas, possuidoras de deveres. Mas isso claro, quando falamos da população infantil pobre e preta:

Alguns dados sugerem que as crianças internadas nos institutos disciplinares consistiam em uma minoria incluída na categoria "branca" (RIZZINI, 1997, p. 71), este fato original reforça a tese de que a criança e o adolescente negro representavam os estratos mais baixos da sociedade, sendo também os principais "clientes" ou vítimas do sistema menorista implantado pelo Direito do Menor.²⁸

Para Saraiva, Ferrajoli destacava que esse direito menoril, que foi fundado na Doutrina da Situação Irregular, era formado pelo viés paternalista de que, o poder “bom” e maior deveria sempre atuar no “interesse do menor”, e que, essa forma de pensar e legislar possibilitou e legitimou os piores abusos e arbitrariedade²⁹, além disso, ainda segundo Saraiva (2009, p. 52), durante a vigência do Código de Menores de 1979, aproximadamente 80% (oitenta por cento) da população jovem recolhida nas unidades do sistema Febem não tinha

²⁷ VERONESE, J. R. P. *Op Cit.*

²⁸ LIMA, F. S. E VERONESE, J. P. *Op. Cit.* P. 57

²⁹ SARAIVA. *Op. cit.*, p. 70-75

cometido qualquer ato infracional equiparado a crime, consagrando um “*sistema de controle da pobreza, que Emilio Garcia Mendez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais*”.

2.1.2 A Doutrina da Proteção Integral e a Lei 8.069 de Julho de 1990, o ECA.

Diversos foram os documentos internacionais tratando sobre os direitos da criança e adolescente, em 1924, a Declaração de Genebra foi uma das pioneiras a tratar e garantir proteção especial as crianças e adolescentes, logo depois, a ONU, após a tragédia ocorrida em razão do nazismo, em 1948, aprovou a Declaração dos Direitos Humanos, que foi fundamental nos avanços em relação aos direitos de liberdade individuais e o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Logo após, em 1959, a Assembleia Geral da ONU adotou a Declaração dos Direitos das Crianças e Adolescentes, a qual o Brasil foi signatária.

Entre os princípios protetivos da declaração, está também um grande avanço em diretrizes para proteger as crianças de qualquer forma de discriminação racial, além do direito ao afeto, recreação e mais:

[...] direito a um nome e a uma nacionalidade, a partir do nascimento; a gozar os benefícios da previdência social, inclusive alimentação, habitação, recreação e assistência médica adequadas; no caso de crianças portadoras de deficiência ou incapacitadas, o direito a receber o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos por sua condição peculiar; a criar-se num ambiente de afeto e segurança e, sempre que possível, sob os cuidados e a responsabilidade dos pais; a receber educação; a figurar entre os primeiros a receber proteção e socorro, em caso de calamidade pública; a proteção contra todas as formas de negligência, crueldade e exploração; e a proteção contra todos os atos que possam dar lugar a qualquer forma de discriminação.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990, é o instrumento legal mais representativo das conquistas dos direitos das crianças e adolescentes, em seu primeiro e segundo artigo vai reforçar a proibição de discriminação racial, de gênero e de classe, em face da proteção de outros direitos, como liberdade, justiça e paz:

1. Os Estados Partes devem respeitar os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança em sua jurisdição, sem nenhum tipo de discriminação, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência física, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.
2. Os Estados Partes devem adotar todas as medidas apropriadas para assegurar que a criança seja protegida contra todas as formas de discriminação ou punição em função

da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

Começa-se internacionalmente uma nova visão da criança e adolescente, passam agora a serem sujeitos possuidoras de direitos e além, entende-se que devem ser respeitadas pela fase de desenvolvimento em que se encontram. Também são estendidos os direitos aos quais os adultos tinham em relação ao direito penal em estados democráticos de direito:

Princípios fundamentais, que, em nome de uma suposta ação protetiva do Estado, eram esquecidos pela Doutrina da Situação Irregular, passam a ser integrantes da rotina do processo envolvendo crianças e adolescentes em conflito com a lei, tais como princípio da reserva legal, do devido processo legal, do pleno e formal conhecimento da acusação, da igualdade na relação processual, da ampla defesa e contraditório, da defesa técnica por advogado, da privação de liberdade como excepcional e somente por ordem expressa da autoridade judiciária ou em flagrante, da proteção contra a tortura e tratamento desumano ou degradante etc.³⁰

No Brasil, diversos foram os movimentos sociais a fim de buscar uma melhor condição de vida para crianças e adolescentes, após a ditadura militar, diversos movimentos como, Pastoral do Menor, o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) e o Movimento Criança Constituinte.³¹ Em 1988, com o advento da Constituição da República, o Brasil tornou-se pioneiro na inserção dos direitos fundamentais da Infância-Adolescência. Começava uma nova forma de ver a infância, baseada na Doutrina da Proteção Integral, surge assim, uma nova forma de proteção às crianças, compartilhada entre a família, o Estado e a sociedade:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.³²

Com as novas disposições sobre direito trazidas pela Carta Magna, era necessária uma reforma urgente no Código de Menores de 1927. Havia duas fortes correntes sobre o tema:

³⁰ SARAIVA, *Op. Cit.*, p.64

³¹ LIMA., VERONESE., *Op. Cit.* p.60

³² Nova redação dada pela Emenda Constitucional nº65, de 2010. Antiga: 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.

menorista, que defendiam a manutenção do código apenas para atualizá-lo e corrigi-lo e a estatutista, que apresentou o Estatuto da Criança e Adolescente.³³

Com diversas forças de movimentos sociais, a implementação da nova constituição que estabelecia a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, tornou-se inviável qualquer outra reforma que não a implementação da Lei nº. 8.069, com base na Doutrina Jurídica da Proteção Integral. O Estatuto da Criança e Adolescente vai reconhecer seus destinatários como sujeitos de direitos e pessoas em condição especial de desenvolvimento, e que devem ser prioridade tanto de sua família, como do Estado e da sociedade. Proteção Integral significa amparo completo³⁴.

É em seu primeiro artigo que o ECA vai defender a Doutrina da Proteção Integral e em seu segundo diferenciar criança e adolescente:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

O estatuto vai assumir caráter pedagógico e protetor, baseado nos artigos 203, 207 e 228 da Constituição Federal:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem,³⁵ 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.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

O ECA traz penalização também aos responsáveis por manter tais direitos, além disso, institui que haja outras formas e outras estruturas voltadas ao cumprimento dos direitos enunciados. Em relação a essa descentralização, diz Fernanda da Silva Lima:

Atualmente, o princípio da descentralização político-administrativa é ensejador de grandes transformações na operacionalização das políticas sociais nos três níveis de governo. Isso permite que a política pública alcance diretamente as pessoas que dela

³³ VERONESE., *Op Cit.*

³⁴ VERONESE., *Op Cit.*

³⁵ Nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 65/210.

necessitam na sua realidade social e representa um imenso avanço em relação ao antigo direito menorista, em que a política era centralizada no ente federal.³⁶

Um exemplo é a criação dos Conselhos Tutelares, suas atribuições estão previstas no artigo 136 do Estatuto da Criança e Adolescente, que vão dispor sobre suas atribuições, que são: atender crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos art. 98 e 105 -em casos de situação de risco ou que cometeram atos infracionais. Além disso, são responsáveis pelos aconselhamentos aos pais e responsáveis. Juntamente ao Ministério Público pode-se encaminhar notícia de fato de infração administrativa ou qualquer conduta penal contra os direitos da criança e adolescente. Sendo incumbido também de assessorar o Poder Executivo local na elaboração de proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos das crianças e adolescentes.

Fica assim claro que o Conselho Tutelar é o principal órgão para a eficácia do ECA, e em sua ausência cabe às competências judiciárias suas prerrogativas, de acordo com o disposto no capítulo de disposições transitórias e o art. 262: “Enquanto não instalados os Conselhos Tutelares, as atribuições a eles conferidas serão exercidas pela autoridade judiciária”.

Também cabe ao Conselho Tutelar, de acordo com seu art. 95, a fiscalização de entidades governamentais e não governamentais. Podendo aplicar de acordo com o Inc. I medidas de proteção, sendo aplicadas em casos de atos infracionais e/ou quando os direitos dessas crianças estejam sendo violados. O conselho assegura o atendimento e aconselhamento aos pais e responsáveis, e é possível que estes sofram aplicações de medidas, com exceção da perda da guarda, destituição da tutela e suspensão ou destituição do poder familiar - Incs II e III.

Dessa forma, com esse novo entendimento, os direitos da criança e do adolescente são criados com o objetivo de proteger direitos ameaçados ou, caso já tenham sido violados, para encontrar a melhor forma de solucionar os conflitos decorrentes de ações ou descasos da sociedade, do Estado ou da própria família. Para Veronese as medidas previstas no Estatuto podem ser divididas de 6 formas:

- 1- Medidas de Prevenção - art. 70: entre 0 e 18 anos;
- 2- Medidas de Proteção - art. 98: entre 0 e 18 anos que tiveram seus direitos ameaçados ou violados;
- 3- Medidas Específicas de Proteção - arts. 99 a 102: entre 0 e 18 anos;
- 4- Medida Excepcional - art. 2º, § único: entre 18 e 21 anos;
- 5- Medidas socioeducativas - arts. 112 a 125;

³⁶ LIMA., VERONESE., *Op. Cit.* p. 152

Percebemos assim que, o Direito da Criança e Adolescente é direito autônomo, e que, apesar de diversos avanços, ainda não é plenamente consolidado no Brasil, mas foi através do Estatuto da Criança e adolescente que trouxemos novas formas de ver a infância e a juventude, oferecendo condições e direitos a serem concretizados. O Estado hoje, pelo menos no papel, deveria ser concentrado na capacidade auxiliar e propor políticas públicas a fim de efetivar os direitos expostos neste código, deixando para trás o papel de repressão e vigilância de comportamentos do “menor”.

[...] quando ingressou no país a perspectiva tutelar, toda a legislação destinada ao público jovem foi ela própria seletiva: voltada não a todas as crianças e adolescentes, mas aos menores. A figura do *menor* simboliza bem esse paradigma. Identifica-se a causa do *problema do menor* na marginalização social, incluindo se, então, como potenciais infratores da lei, portadores de desvio de conduta ou de conduta antissocial apenas aqueles que se identificam ao estereótipo do marginalizado. Assim, a imunização dos jovens não pertencentes a esse estereótipo não trazia uma contradição entre teoria e prática, mas sim confirmava a teoria: as políticas de controle explicitavam essa seletividade ao proclamarem que o *problema do menor* era um problema de marginalização social.³⁸

2.2 Direito Penal Juvenil: A Responsabilização Estatutária aos Adolescentes que cometem Atos Infracionais

Apesar de o capítulo se chamar Direito Penal Juvenil, quando falamos de maioridade ou menoridade, primeiro é necessário entender o que o que o Código Civil Brasileiro vai nos dar como idade mínima para que alguém tenha direitos e deveres como pessoa civil. Por isso, primeiro é necessário entender o processo que levou a esses modelos de capacidade e incapacidade ao longo da história do direito brasileiro. Por isso é traçado nesse subtítulo desde a concepção de capacidade e incapacidade de acordo com o Código Civil até a forma atual que temos de responsabilização estatutária aos adolescentes que cometem atos infracionais. Estabelecendo o paralelo entre a Imputabilidade, Inimputabilidade Penal e Menoridade Penal e como se dá o processo de responsabilização com as medidas socioeducativas e o que o ECA entende por ato infracional.

³⁷ VERONESE. *Op Cit.* p.50

³⁸ BUDÓ. *op. cit.* p. 1052

2.2.1 Capacidade e Incapacidade de acordo com o Código Civil de 2002.

Durante a colonização do Brasil, as normas eram, em grande parte, regidas pelas leis portuguesas. Naquela época, havia uma forte influência do Direito Romano, que distinguia as pessoas entre "capazes" e "incapazes", sendo as mulheres e os menores de idade considerados incapazes. Essas restrições eram baseadas na incapacidade presumida de tomar decisões legais.

Com a independência do Brasil, em 1822, houve a necessidade de criar leis e instituições próprias. O Código Criminal de 1830 e a Constituição de 1824 trouxeram algumas mudanças em relação à capacidade e incapacidade. Nesse período, as mulheres casadas eram consideradas incapazes para certos atos, sendo submetidas à autorização do marido. Já com a proclamação da República em 1889, o Brasil passou por mudanças significativas em sua legislação, e, em 1916, vamos ter o primeiro Código Civil da república brasileira, o qual estabeleceu a maioria das regras de capacidade e incapacidade, sendo os principais pontos a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa. A incapacidade absoluta impedia o indivíduo de praticar qualquer ato da vida civil, enquanto a incapacidade relativa limitava a capacidade do indivíduo, mas permitia que agisse com a assistência ou representação de outra pessoa.

Atualmente contamos com o Novo Código Civil, a Lei 13.146/2015, no qual foram introduzidas diversas mudanças significativas em relação à capacidade ou incapacidade, como o conceito de capacidade de exercício, que estabelece que todos são capazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, exceto aqueles declarados incapazes por lei e ainda redefiniu as categorias de incapacidade, estabelecendo a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa, assim como o Código de 1916, mas com algumas modificações. Vejamos³⁹:

Art. 3 ° São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. [\(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\) \(Vigência\)](#)

[...]

Art. 4 ° São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [\(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\) \(Vigência\)](#)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; [\(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\) \(Vigência\)](#)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; [\(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\) \(Vigência\)](#)

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. [\(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\) \(Vigência\)](#)

³⁹ BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 10 de outubro de 2023.

Art. 5 ° 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.

Sendo assim, da perspectiva civil “menor” é todo aquele que não tem dezoito anos completos e, portanto, não é considerado capaz. São então compreendidos como absolutamente incapazes para a prática de atos da vida civil os menores de dezesseis anos, sendo os maiores de dezesseis e menores de dezoito relativamente incapazes, e aos dezoito anos completos será extinta a menoridade. Para Rosenvald, o adolescente vai ser caracterizado como pessoa de personalidade -a qual o Direito Civil vai garantir uma vida digna, mas não tem capacidade.⁴⁰

2.2.2 Capacidade civil e capacidade plena

De forma simples e sucinta, a capacidade civil e a capacidade plena são conceitos legais relacionados ao direito civil que determinam a habilidade de uma pessoa para exercer atos jurídicos e assumir responsabilidades legais. No entanto, elas diferem em termos de extensão e autonomia, as quais explicarei:

Capacidade civil: é um conceito legal que se refere à capacidade de uma pessoa para realizar atos jurídicos⁴¹. No contexto do direito civil, a capacidade civil pode ser dividida em três categorias:

a. Capacidade Plena: Refere-se à capacidade completa de uma pessoa para exercer todos os atos da vida civil. Isso inclui, por exemplo, celebrar contratos, adquirir propriedades, casar-se, herdar e doar bens, entre outros. A maioria dos adultos goza de capacidade civil plena, desde que não haja nenhuma restrição legal específica, como uma incapacidade decorrente de decisões judiciais, geralmente, uma pessoa atinge a capacidade plena ao atingir a idade adulta, que varia de acordo com a legislação de cada país, mas geralmente é aos 18 anos. Uma pessoa com capacidade plena é considerada totalmente responsável por seus atos e pode exercer direitos civis e cumprir deveres legais.

⁴⁰ Farias, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. p. 211, 17 ed. rev., ampl. e atual, Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

⁴¹ op. cit., p. 379-382.

b. Capacidade Relativa ou Limitada: Alguns indivíduos podem ter sua capacidade civil limitada por decisão judicial, como em casos de interdição ou curatela. Isso ocorre quando uma pessoa é considerada incapaz de tomar decisões por si mesma devido a razões de saúde mental ou outras limitações. Nesses casos, um curador ou tutor é nomeado para tomar decisões em seu nome, de acordo com o que for melhor para o incapaz.

c. Capacidade Absoluta: Existem certos atos jurídicos que são considerados absolutamente nulos se realizados por qualquer pessoa, independentemente de sua capacidade civil. Isso inclui, por exemplo, atos ilegais, imorais ou contrários à ordem pública. Além disso, alguns atos exigem capacidade específica, como a capacidade para testar (fazer um testamento).

Em resumo, a diferença fundamental entre a capacidade civil e a capacidade plena está na extensão dos direitos e deveres que uma pessoa pode exercer. A capacidade civil é a capacidade jurídica básica que quase todas as pessoas têm, enquanto a capacidade plena é um estado de capacidade civil sem restrições significativas, geralmente adquirido ao atingir a idade adulta.

2.2.3 Imputabilidade, Inimputabilidade Penal e Menoridade Penal

A imputabilidade, no âmbito do Direito Penal, refere-se à capacidade e compreensão, ou seja, o discernimento dos atos praticados, e se refere à capacidade de uma pessoa ser responsabilizada legalmente por seus atos ditos criminosos, para tanto, são inimputáveis, para o Código Penal:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Menores de dezoito anos

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Ou seja, para efeitos penais, os menores de 18 anos são totalmente irresponsáveis pelas suas ações, e se cometem alguma infração penal, estarão sujeitos ao imposto no Estatuto da Criança e Adolescente.

De acordo com o exposto no primeiro capítulo, essa é uma mudança significativa, visto que com o Código Criminal do Império, em 1830, apenas os menores de 14 anos estavam isentos da imputabilidade, enquanto os menores de 14 que “apresentassem discernimentos” eram levados às Casas de Correção⁴² até completarem 17 anos. Já com a república, no Primeiro Código Penal, em 1890, em que tratou da responsabilidade penal, em seu art. 27 e 30, dispôs que os menores de 9 anos, os maiores de 9 anos e menores de 14 que tivessem agido sem discernimento não seriam considerados criminosos, e os que maiores de 9 e 14 que tivessem agido com discernimento seriam recolhidos a estabelecimentos industriais pelo tempo determinado pelo juiz. Entretanto, a menoridade, que na época eram os menores de 21 anos, de acordo com o art. 42 do Código, seria considerada causa atenuante do fato⁴³.

A própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 28 irá abordar o tema, expondo o seguinte “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

É assim consagrado mais um direito garantido às crianças e adolescentes, o direito fundamental de não ser responsabilizado penalmente como os adultos. Na prática, a imputabilidade penal é a condição estabelecida pelo nosso Código Penal para responsabilizar e impor sanções ao agente da conduta ilegal. Leciona NUCCI, que a excludente de culpabilidade pode ser dividida entre dois grupos: as que dizem respeito ao agente e as que dizem respeito ao fato, sendo então a imputabilidade penal uma excludente concernente ao agente do fato.

O fator da menoridade penal é apenas biológico⁴⁴, em que, o Direito Penal entende que há presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em face do seu desenvolvimento mental, não tem capacidade, ainda, de compreender o caráter ilícito dos atos por eles proferidos. Entretanto, a imputabilidade penal não deve ser confundida com impunidade. Nesse sentido, afirmam Rosa, Ribeiro e Rangel (2007, p. 45):

⁴² _____. Decreto n. 678, de 6 de julho de 1850. Dá regulamento para Casa de Correção do Rio de Janeiro. *Coleção das leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 1, parte 2, p. 31-62, 1851.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *Coleção das leis do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, art. 13, 1876.

⁴³ BRASIL. Código Penal Da República. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em 10 de outubro de 2023.

⁴⁴ Farias, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. p. 271, 17 ed. rev., ampl. e atual, Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

O ‘mito da impunidade’, como asseveram Saraiva (2002) e Garcia Mendez, alimentado pela mídia e acreditado por grande parte da população, é verdadeiro ardil a sustentar o desvio de foco para o que realmente merece reforma no Brasil: o imenso hiato entre os direitos assegurados pela lei e a sua materialização para a maior parte da população.

2.2.4 Ato Infracional e Medidas Socioeducativas

O ECA prevê a prática análoga-comparável dos crimes dispostos no nosso Código Penal pelas Crianças e Adolescentes, que são chamados de Ato Infracional. No sistema penal há a distinção entre crime e contravenção penal, sendo a contravenção uma infração, não tão grave quando um crime, e, por isso, tem pena mais branda:

“Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”

Não há definição legal do que é o crime ou contravenção penal, o que se tem é uma tentativa de diferenciação das duas, a Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro -Decreto Lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941, sancionada por Vargas tentou definir:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Temos então que a natureza da contravenção vai ser ilícita, porém, de menor importância que o crime, entretanto o Estatuto da Criança e Adolescente não vai fazer diferenciação entre ato infracional - crime, ou ato infracional - contravenção.

Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

Mas para entender o conceito de Ato Infracional, devemos entender o que é o crime, e o que define, de forma breve é importante ressaltar que, crime é uma construção social, do sujeito e da sociedade, para Vera de Andrade⁴⁵:

[...] sendo Direito e sociedade termos inseparáveis e os fenômenos jurídicos fenômenos sociais, torna-se evidente, de imediato, a artificialidade da separação entre uma Ciência que estuda o delito como fenômeno jurídico e outra que o estuda como fenômeno social. Sendo única a ordem dos fenômenos criminosos, única será também a Ciência que deve estudar as causas, as condições e os remédios da criminalidade.

⁴⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 77-78

Num sistema capitalista, quanto maior a desigualdade social, maior a criminalidade -crimes contra o patrimônio, por exemplo, em casos em que há grande diferença econômica, na verdade, seguindo a lógica abolicionista, entende-se, que não estou falando da tese de que pobreza gera criminalidade, estou dizendo que, em uma sociedade desigual, a conduta de práticas ditas ilícitas, em razão de um sistema que gera e funciona sobre o ideal de distanciamento de classes:

[...] condições sociais adversas, determinantes de anormal motivação da vontade, porque ampliariam a impunidade. Mas, quando a exceção torna-se regra (condições sociais adversas), os critérios também devem mudar: se o crime constitui resposta normal de sujeitos em situação social anormal, então os critérios de inexigibilidade devem incluir as condições sociais adversas, determinantes de anormal motivação da vontade- porque o Direito é regra da vida. O ser humano, conjunto das relações sociais, reage contra a violência das relações estruturais, garantidas pelos sistemas político e jurídico do Estado, pela única maneira realmente possível: a violência. A abertura do conceito de inexigibilidade para as condições reais de vida do povo (fome, doença, desemprego, insegurança, angústia, etc.), parece alternativa capaz de democratizar o Direito Penal, reduzindo a criminalização de sujeitos penalizados pela condição de vida. Neste ponto, direito justo é direito desigual: considera-se desigualmente sujeitos concretamente desiguais.⁴⁶

Ou seja, entende-se que o adolescente deve responder a um sistema diferente do penal, entretanto, como diz o próprio art. 103, do ECA, as disposições do Código Penal serão aplicadas a eles, na estrutura de “ato infracional”, é o que muitos vão defender como a “responsabilização estatutária”, visto a responsabilização como forma de proteção do próprio estado, ou seja, nesse caso, num processo legal, o juiz age como pai, corrige porque protege. Apesar dessa responsabilização ocorrer em formato diferente da responsabilização penal dada aos maiores de 18 anos

“A denominação diferenciada é muito importante, na medida em que cria um sistema de responsabilização - a responsabilização sócio-educativa ou estatutária, instituto totalmente distinto da responsabilização penal dirigida aos maiores de 18 anos de idade.”⁴⁷

Na prática, no Direito Penal o principal é o bem jurídico, e não a proteção de garantias à sociedade, e, além disso, no âmbito infracional, os procedimentos de aplicação das medidas socioeducativas seguem o devido processo legal.

pois como assevera Nepomuceno: "A lei determina qual conduta humana é considerada crime. As agências de poder do sistema penal, por sua vez, dirão quem é o criminalizado. "Com isto, o discurso repressor se organiza, inclusive na questão das drogas, na seguinte lógica: tratar (terapeuticamente) de maneira desigual os desiguais, podendo se selecionar à vontade - criminalização secundária de Zaffaroni - sobre que setores da população será direcionado o controle, graduando a cidadania. A

⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. Editora Acadêmica: São Paulo. 1993, p. 71-72.

⁴⁷ VERONESE, J. R. P. op cit, p. 138

ciências médicas e sociais (Medicina, Assistência Social, Pedagogia, Psicologia, dentre outras), sob este prisma, aproximam-se do Direito Infracional, na perspectiva de apontar tecnicamente quem é o desviante, viciado e o louco, bem como prescrever o tratamento e a profilaxia ao 'anormal' (repressão, disciplina, acompanhamento enquanto puder gerar risco, daí a existência da Liberdade Assistida), entendido como criminoso/infrator o moralmente perigoso e, numa sociedade à margem do capitalismo, todos os que pretensamente prejudicam a engrenagem (mendigos, ébrios, vadios, que não estudam, se insurgem contra a ordem e a disciplina, etc.). Neste momento surge a diferenciação: para rico, tratamento, enquanto para o pobre, exclusão.⁴⁸

O ato infracional nada mais é então que conduta condenável que desrespeita as leis-condutas tipificadas pela lei penal e, contravenções, aplicadas por analogia-, ordem pública, direitos dos cidadãos ou o patrimônio, cometido por crianças e/ou adolescentes, e, nesses casos, serão aplicadas medidas socioeducativas aos adolescentes, com o objetivo de que haja a responsabilização pelos seus atos, sendo assim, são vistas como “sanções judiciais”, com caráter pedagógico, aplicadas pelo juiz competente da Vara da Infância e Juventude. O ECA define seis medidas socioeducativas que podem ser aplicadas aos adolescentes:

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.

No art. 115 do ECA, está estabelecida a medida socioeducativa baseada na advertência “A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.”, ou seja, nesse caso o juiz chama a “atenção” do adolescente para não repetir o ato infracional novamente; No art. 166, está previsto a reparação do dano:

Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

⁴⁸ Rosa, Alexandre Morais da. Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 32

Um exemplo seria reparar o dano no caso de pichações. Já no art. 117 do ECA, está estabelecido a Prestação de Serviço à comunidade:

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Nos casos de Medidas de Proteção de Serviço a comunidades, essas não podem ser aplicadas por períodos que excedam seis meses, e podem ser aplicadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, etc., porém sempre com tarefas atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

No caso da liberdade assistida, art. 118 e 119 do ECA, o juiz decide que o ato infracional praticado pelo adolescente demanda que o Estado preste maior atenção nele. Nesses casos, um agente do Estado é destacado para procurar a família do adolescente ou ir à escola verificar se há alguma demanda que o Estado precisa prover em relação ao jovem, fixada com prazo mínimo de seis meses:

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso.

Há também a medida de semiliberdade, no art. 120, que pode ser determinada desde o início ou como forma de transição para o regime aberto, nessa medida, a proposta é que o adolescente que cometeu um ato infracional passe a semana em instituição com a restrição de

liberdade, com saída para atividades de estudo ou trabalho, sendo liberado nos fins de semanas para convívio com a família.

E por fim, a medida de internação, disposta no art. 121, é a Medida privativa de liberdade, com prazo determinado e que não exceda três anos, devendo sua manutenção ser reavaliada, no máximo, a cada seis meses. Somente pode ser aplicada quando tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves, por descumprimento reiterado e injustificado da medida anteriormente imposta. Sendo assim, por ser a medida socioeducativa mais punitiva, em que é aplicação da medida mais gravosa exposta no ECA, os art. 124 e 125 vão listar as diretrizes para que seja cumprida de forma a garantir o bem-estar do adolescente internado⁴⁹:

⁴⁹ 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.

§ 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária. (Incluído pela Lei nº 12.594, de 2012) (Vide)

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 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal. (Redação dada pela Lei nº 12.594, de 2012) (Vide)

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

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;

Embora tenham ocorrido avanços consideráveis na proteção dos direitos das crianças e adolescentes em geral, quando se trata do tratamento dado aos adolescentes que cometem atos infracionais, ainda prevalece a abordagem baseada no Código de Menores e na doutrina da situação irregular, isso porque, é possível reconhecer os vestígios do Código de Menores no atual Sistema de Justiça enfatizado na Infância e juventude⁵⁰.

O paradigma da proteção integral, estabelecido com a implementação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) como abordado no capítulo anterior, é amplamente fundamentado em normas internacionais de direitos humanos, incorpora uma série de garantias e direitos individuais diretamente relacionados ao processo de apuração de atos infracionais. A partir da promulgação do ECA, os adolescentes submetidos a esse procedimento passaram a ter direito, entre outras proteções, à ampla defesa e ao contraditório, à exigência de decisões judiciais fundamentadas na aplicação de medidas socioeducativas, assim como o direito de serem informados sobre as razões de sua detenção em flagrante, dentre outras disposições que visam limitar o arbítrio do juiz e das autoridades policiais em relação à liberdade dos adolescentes.

Entretanto, subsistem no sistema socioeducativo brasileiro regras e práticas que refletem a abordagem da doutrina da situação irregular, e o sistema de Justiça Especializada da Infância e Juventude tem operado sujeito a várias irregularidades.

É importante destacar que a apuração de atos infracionais é conduzida por meio de um procedimento distinto do processo penal. No entanto, é relevante considerar que ambos (o procedimento de atos infracionais e o processo penal) servem como mecanismos de *proteção* dos direitos do adolescente e do acusado contra a restrição de suas liberdades imposta pelo poder do Estado.

Entretanto, apesar de todas as garantias, em especial o direito à ampla defesa, diferentes estudos vêm mostrando que, se na esfera criminal adulta ainda persiste a mentalidade inquisitorial, na esfera da infância e da juventude ela chega a ser caricatural, como bem representado no documentário de Maria Augusta Ramos, "Juízo". No âmbito da academia, um exemplo é o estudo etnográfico da antropóloga Paula Miraglia, realizado nas audiências da Vara de Infância e Juventude do Brás, em São Paulo, no qual demonstra que acusado e defensor são totais coadjuvantes,

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.

⁵⁰ GREGORUT, Adriana Silva. GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. **Para além da redução da maioridade penal**: análise ao sistema infracional brasileiro. Revista Liberdades: 2016

figurando à sombra do protagonista, que fala, interpreta, aconselha e julga - legal e moralmente: o juiz da infância e da juventude.⁵¹

O procedimento de atos infracionais, assim como o processo penal, deveria ser concebido como uma salvaguarda contra o exercício excessivo do poder estatal, visto que a privação da liberdade representa uma medida extrema que somente deve ser aplicada após um processo que garanta ampla defesa ao adolescente (assim como é assegurado ao acusado no processo penal).

Entretanto, essa perspectiva é ocasionalmente desafiada com o argumento de que a medida socioeducativa não representa uma sanção, mas sim uma intervenção voltada para o bem do adolescente, aplicada em nome de um alegado interesse superior desse jovem. Portanto, argumenta-se que as garantias do processo penal não são aplicáveis ao procedimento infracional.

Além disso, a medida socioeducativa negligencia a individualidade do adolescente, sendo apresentada como uma resposta padronizada do Estado para aqueles indivíduos que supostamente representam um risco à sociedade, nesse sentido, leciona Alexandre Morais da Rosa

A medida socioeducativa, ou seja, a resposta estatal brasileira, ao promover uma finalidade pedagógica, fomenta a normatização e a disciplina [...], a saber, por propostas padrões que desconsideram, por óbvio, o sujeito e, especialmente, a existência de demanda, para, em nome da salvação moral, do bem do adolescente, proceder-se ao fomento de sua desubjetivação.⁵²

Acaba, portanto, interferindo diretamente na liberdade dos adolescentes, e um grande exemplo disso pode ser observado no artigo 227 do ECA, que estipula que todos os delitos definidos no Estatuto são processados através de ação pública incondicionada. Isso contrasta com o sistema penal, onde as ações podem ter natureza pública condicionada (conforme o artigo 24 do CPP) e ação privada (de acordo com o artigo 30 do CPP). Em ações de natureza pública condicionada, o exercício depende da autorização do ofendido por meio de representação ou requisição, enquanto a ação privada, em regra, é atribuída ao próprio ofendido ou, na ausência deste, aos seus sucessores. Ou seja, nesse contexto, um adulto pode evitar ser processado se a vítima optar por não representar ou não apresentar queixa. No entanto, no caso de um adolescente, não se aplica tal entendimento, uma vez que a ação socioeducativa é sempre incondicionada. Além disso, no processo penal, a denúncia ou queixa pode ser rejeitada por falta de justa causa, conforme previsto no artigo 395, inciso III,

⁵¹ BUDÓ. *op. cit.* p. 1037

⁵² ROSA. *Op. Cit.*, p. 209- 210

do CPP, isso significa que é necessário haver justa causa, demonstrada por indícios de autoria e prova de materialidade, para que a denúncia ou queixa seja admitida no caso de um adulto. Por outro lado, o artigo 182, parágrafo 2º, do ECA estabelece expressamente que "*a representação independe de prova pré-constituída de autoria e materialidade.*" O parágrafo 1º do mesmo artigo estipula que a representação "*deve conter um resumo sucinto dos fatos e a classificação do ato infracional.*"

Da mesma forma, o artigo 312 do CPP dispõe que a prisão preventiva pode ser decretada quando "*houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.*" Em contraste, a internação provisória, de acordo com o ECA em seu artigo 108, parágrafo único, exige apenas "*indícios suficientes de autoria e materialidade,*", ou seja, não é necessária prova da existência do crime, bastando indícios da sua ocorrência. Isso levanta questões, como aponta Saraiva⁵³ "*Para um adolescente que alega autoria de um ato infracional, todas as garantias, além de outras relacionadas à sua condição de pessoa em desenvolvimento, são reconhecidas, resultando em um aumento nas garantias, conhecido como discriminação positiva. É inaceitável que, em circunstâncias similares, um adulto com mais de dezoito anos possa ser submetido a prisão preventiva, enquanto um adolescente não.*"

Essas flexibilizações são justificadas sob a premissa de objetivos socioeducativos, que muitas vezes são priorizados em detrimento das garantias processuais. No entanto, mesmo quando disfarçadas com o propósito de educar socialmente, essas disposições legais desrespeitam claramente o art. 35 do SINASE (sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), em que versa sobre a execução das medidas socioeducativas, em que afirmam que um adolescente não deve receber tratamento mais severo do que um adulto na mesma situação.⁵⁴

Por fim, muitas vezes defende-se o atual modelo de atendimento a adolescentes que tenham cometido atos infracionais e o sistema de justiça infracional, por muitos chamados de Direito Penal Juvenil como se fosse significativamente melhor que o sistema prisional destinado aos adultos. Porém, esquecemos que existe, também no sistema de medidas socioeducativas, uma crise profunda, consubstanciada principalmente nas muitas vezes precárias condições das unidades de cumprimento de medidas socioeducativas em meio fechado. Nesse sentido, assevera Saraiva:

⁵³ SARAIVA. *Op. Cit.*, p. 109

⁵⁴ Nesse mesmo sentido o art. 35, do SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), instituído pela Lei 12.594 de 18.01.2012, o qual versa: "*A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I – legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; (...)*", grifo

a crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretende transferir infratores de menos de dezoito anos.⁵⁵

Portanto, não há que se falar em impunidade de adolescentes, se não estamos ignorando e fechando os olhos para a realidade: em 2017, 24.803 (vinte e quatro mil, oitocentos e três) adolescentes e jovens entre 12 e 21 anos são atendidos em estabelecimentos educacional e semiliberdade, sendo 17.811, ou seja, 71,8% em medida de internação. Enquanto em meio aberto são 117.207 (cento e dezessete, e duzentos e sete mil), de acordo com o Levantamento Anual de 2017, elaborado pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente.⁵⁶ Nesse sentido:

O ‘mito da impunidade’, como asseveram Saraiva (2002) e Garcia Mendez, alimentado pela mídia e acreditado por grande parte da população, é verdadeiro ardil a sustentar o desvio de foco para o que realmente merece reforma no Brasil: o imenso hiato entre os direitos assegurados pela lei e a sua materialização para a maior parte da população.⁵⁷

3 PATERNALISMO JUDICIÁRIO: LEI DE DROGAS, TRÁFICO PRIVILEGIADO E O ATO ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS

Considerado ato infracional "a conduta descrita como crime ou contravenção penal". Não traz o ECA descrição dos atos infracionais que podem ser praticados pelos adolescentes. Assim, está à mercê de toda legislação de caráter penal em vigor, dispondo que qualquer conduta prevista como crime ou contravenção, se praticada por adolescente, será considerada ato infracional. Um exemplo é o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, neste capítulo começo à introdução ao problema/objetivo deste trabalho, mostrar como funciona a Lei de Drogas e quais as diferenciações entre usuário e traficante, e, como o paternalismo judiciário, desde a criação da legislação atual, até o poder *pater* dos juízes em relações aos atos praticados por adolescentes fazem com que, adolescentes que pratiquem atos semelhantes aos adultos são punidos de forma mais gravosa em razão da sua *condição* de pessoa em estágio

⁵⁵ SARAIVA, J. *Op. Cit.* p. 96

⁵⁶ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Nota – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Brasília, DF, 2017, disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/LevantamentoAnualdoSINASE2017.pdf>

⁵⁷ ROSA, E. M.; RIBEIRO JUNIOR, H.; RANGEL, P. C. **O adolescente: a lei e o ato infracional**, Vitória: EDUFES, 2007. P. 45

de aprendizado, sendo utilizada a medida socioeducativa de internação -mais rigorosa- como forma de *educar e proteger*.

3.1.1 A Lei de Drogas e o Paternalismo Judiciário

Segundo a Organização Mundial da Saúde, a OMS, substância psicoativa é “qualquer entidade química ou mistura de entidades que altere a função biológica e possivelmente a estrutura do organismo”⁵⁸, ou seja, são substâncias psicoativas aquelas que atuam sobre o cérebro e modificam o seu funcionamento. Isso quer dizer que o consumo dessas substâncias pode provocar alterações no humor, na percepção, no comportamento e em estados da consciência. Sendo assim, o café que milhares de pessoas consomem no dia a dia, os remédios psicológicos e até o álcool também são consideradas drogas.

Mas então o problema não é o uso de drogas, e sim quem as consome. Explico: A comercialização de antidepressivos e estabilizadores de humor cresce a cada ano no Brasil. Conforme dados do Conselho Federal de Farmácia, a venda desses medicamentos cresceu cerca de 58% entre os anos de 2017 e 2021⁵⁹, ao associarmos a palavra droga ao injusto temos uma escolha política, tanto da população quanto do legislativo, isso pode ser vislumbrado da desconexão do termo quando a substância ao qual é possível que o agente se viciie é dotada de licitude, a exemplo do café, socialmente associado a uma bebida e aos antidepressivos associadas a medicamentos., automaticamente existe a associação às drogas ilícitas, a maconha, cocaína e crack.

O proibicionismo pode ser entendido como a atuação dos estados, enquanto entes políticos, colocando limites em relação a determinadas substâncias, estabelecendo os usos de drogas legais/positivas e ilegais/negativas, sendo assim, quando algo é chamado de droga existe a conotação negativa da sociedade. Na Lei Seca nos Estados Unidos, que durou entre 1920 e 1933, a fabricação, o comércio, o transporte, a exportação e a importação de bebidas alcoólicas foram proibidos. O objetivo, na época, era acabar com os problemas de violência e pobreza que, para o governo, eram causados pelo álcool. Isso mostra que a questão das drogas tem tudo a ver com opções políticas, que, na maioria das vezes, para não dizer sempre, são baseadas em interesses econômicos. Em um momento, determinada substância é proibida, e, em outro, deixa de ser.

⁵⁸ OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1993.

⁵⁹ Conselho Federal de Farmácia.

><https://site.cff.org.br/noticia/noticias-do-cff/16/03/2023/vendas-de-medicamentos-psiquiatricos-disparam-na-pandemia> < acesso em: 10/11/2023

Assim, no século XX a regulamentação ao controle às drogas, de quase inexistente, passou para o combate total baseado em políticas proibicionistas, na década de 60 ocorreram diversas modificações na política internacional de Drogas, o modelo médico-jurídico de distinção entre dependentes (consumidores) e traficantes, foi o estopim para a guerra às drogas.⁶⁰ O Brasil, assim como outros países da América do Sul, aderiram esse discurso dos EUA, sendo assim este modelo de proibição imposto a todos os países pela ONU. A abordagem punitiva segue os princípios da política internacional de drogas, conforme estabelecido nas três convenções internacionais sobre o tema. Essas convenções priorizam e instam os países a adotarem sanções privativas da liberdade como resposta à violação das normas penais, inspirando-se na abordagem conhecida como "*war on drugs*". Além disso, na prática da execução das penas, a maneira como o sistema penal é operacionalizado resulta em uma representação desproporcional de minorias (étnicas e mulheres) entre os condenados, como já demonstrado em estudos anteriores.⁶¹

A política criminal de drogas no Brasil é uma forma de controle e legitimação do racismo, enquanto forma de poder político, econômico e cultural.⁶² Constituída por narrativas fantasiosas sobre como funciona o movimento de drogas no Brasil, nada mais se trata de uma escolha quanto aos itens que vão ser considerados ilícitos e, portanto, quem faz parte do comércio, transporte e ações de produção.⁶³

No Brasil é através da Lei nº 11.343, de 2006, que é instituído o sistema de políticas públicas sobre drogas no Brasil, conhecida como “Lei de Drogas”, e mesmo que a lei em vigor seja de 2006, no Brasil, desde a criação do Código Penal em 1940 esse tem sido o principal foco da segurança pública, e o sistema judiciário Brasileiro e policial segue focando nessa política e esquecendo o mais importante: o porquê de as pessoas consumirem. Enquanto isso, temos no Brasil mais de 900.000⁶⁴ presos, sendo a terceira maior população carcerária do mundo, em que, a cada 3 presos, 1 está detido em razão de crimes da lei de

⁶⁰ BOITEUX, Luciana (2015). *Mujeres y Encarcelamiento por delitos de drogas*. CEDD - Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.

⁶¹ BOITEUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. **A Desproporcionalidade da Lei de Drogas**: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil.

⁶² Diversos são os autores e doutrinadores brasileiros a apontar isso, como Dora Bertúlio, Vera de Andrade, Luciana Boiteux e Juliana Borges.

⁶³ DUARTE, Evandro Piza. FREITAS, Felipe da Silva. *Corpos Negros sob a Perseguição do Estado*: Política de Drogas, Racismo e Direitos Humanos no Brasil. in: *Ciências Criminais na Sociedade Contemporânea*

⁶⁴

<https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/06/pandemia-pode-ter-levado-brasil-a-ter-recorde-historico-de-919651-presos.ghtml>

drogas,⁶⁵ e, além disso, de acordo com pesquisa, apenas 13% dos detidos por tráfico de drogas teriam, de fato, relações com facções⁶⁶.

Ou seja, a política de drogas legitima um encarceramento em massa, da população pobre, negra e sem envolvimento com facções criminosas, isso porque, atualmente, 68,2% dos presos são negros, enquanto apenas 30,4% são brancos.⁶⁷

Apesar da Lei de Drogas ter trago um pequeno avanço quando se é falado de usuário e traficante, e que, para Rosa del Olmo,⁶⁸ começa a ser gerado no discurso sobre a droga como método-jurídico, a estabilização da ideologia de diferenciação. Ou seja, começa-se então a diferenciação do consumidor e traficante, doente e delinquente. É a partir daqui que começam então as diferenciações e escolhas de quem será lido como traficante e como usuário. “O labeling approach, ou rotulacionismo, produziu a criminologia da reação social com um deslocamento de seu objeto, do "delinquente" ou do desvio para a "definição do delito", recuperando o melhor do penalismo liberal”.⁶⁹

Isso porque a Lei de drogas não vai distinguir claramente usuário de traficante, o artigo 28, § 2º, da Lei de Drogas, diz que para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente, e a eletividade fica clara quando os dados são analisados, nas palavras de Valois (2017):

É o efeito de uma guerra que transforma qualquer um de nós em suspeitos. Essas substâncias podem estar no bolso de qualquer um, o que torna a tipificação do crime de tráfico de drogas o grande aval para a discricionariedade policial, esta que, no entanto, não é exercida aleatoriamente, mas evidentemente direcionada para as camadas pobres da população, os que têm menos meios de resistir a um poder policial ilimitado.

Enquanto isso, uma pesquisa da Agência Pública,⁷⁰ mostra que negros são presos com menos quantidade de drogas que brancos, foram analisados mais de 4 mil sentenças de

⁶⁵ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias realizado pelo Depen. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. acesso em: 10/11/2023

⁶⁶ Folha de S. Paulo. Maioria de presos por tráfico de drogas é negra, pobre e sem relação com facções, diz estudo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/08/maioria-de-presos-por-trafico-de-drogas-e-negra-pobre-e-se-m-relacao-com-faccoes-diz-estudo.shtml>>. acesso em 12/11/2023

⁶⁷ Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2022. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15>>. acesso em: 11/11/2023

⁶⁸ OLMO, Rosa del. *a face oculta da droga*, p. 34

⁶⁹ BATISTA, Vera Malaguti in Prefácio de **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas.

⁷⁰ Pública. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. Disponível em: <<https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>>. acesso em: 06/08/2023

primeiro grau para o crime de tráfico de drogas julgados na cidade de São Paulo em 2017, e durante quatro meses as sentenças foram classificadas por raça e cor nas categorias: absolvição, condenação, condenação em parte e desclassificação – quando o réu é acusado de tráfico, mas é condenado apenas por “posse de drogas para consumo pessoal”.

Os dados revelados foram que enquanto 70% dos negros julgados foram condenados por todas as acusações feitas pelo Ministério Público no processo – um total de 2.043 réus. Entre os brancos, a frequência é menor: 67%, ou 1.097 condenados, enquanto entre os réus brancos foram apreendidas, na mediana, 85 gramas de maconha, 27 gramas de cocaína e 10,1 gramas de crack. Quando o réu é negro, a medida é inferior nas três substâncias: 65 gramas de maconha, 22 gramas de cocaína e 9,5 gramas de crack. Mas o dado mais alarmante é quando se trata da desclassificação para “posse de drogas para consumo pessoal” em que, 7,7% entre os brancos e 5,3% entre os negros.

Conforme ensinado por Zaffaroni e Nilo Batista, o poder punitivo penal se manifesta por meio de um processo seletivo de criminalização, desdobrado em duas fases denominadas, respectivamente, primária e secundária. A criminalização primária, conduzida pelas instâncias políticas (como o poder legislativo), consiste na criação e aprovação de leis penais que criminalizam ou autorizam a punição de determinadas pessoas. Este estágio representa um plano de penalização a ser aplicado pelas agências de criminalização secundária (como policiais, promotores, juízes, advogados e agentes penitenciários).

A criminalização secundária é a aplicação punitiva dirigida a indivíduos específicos, abrangendo desde a investigação policial até a imposição e execução de uma pena, sendo, por natureza, um processo seletivo. A seleção punitiva se torna necessária devido à inviabilidade dos responsáveis pela criminalização secundária de efetuarem o projeto global de criminalização primária delineado em todas as leis penais do país. Em outras palavras, o sistema penal não pode deter, processar e julgar todas as pessoas que praticam as condutas tipificadas como crimes na legislação, obrigando as agências penais a escolherem entre a inatividade ou a seleção. Conforme destacado por Zaffaroni e Nilo Batista⁷¹, visto que a inatividade resultaria no desaparecimento do sistema, as agências penais optam pela seleção, sendo este poder de escolha predominantemente exercido pelas agências policiais.

Assim, ocorre uma inversão completa da estrutura formal do aparato repressor, em que a polícia, na prática, informal, delimita as áreas de atuação da magistratura e do

⁷¹ BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos** – Violência, Justiça, Segurança Pública e Direito Humanos No Brasil de Hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Ministério Público, decidindo efetivamente quem será processado e julgado criminalmente, isto porque, antes do juiz condenar e o Ministério Público ofertar a denúncia, o flagrante é feito pela estrutura da polícia. Uma prova dessa prática seletiva é a própria obra de Orlando Zaccone⁷², em que ele analisa os autos de flagrantes de diversos Bairros no Rio de Janeiro, em que na Baixada Fluminense⁷³, no ano de 2005, houveram 561 flagrantes lavrados para apurar a conduta do tráfico de drogas, enquanto nas Delegacias de Polícia da Zona Sul, apenas 63. Para Zaccone, fica claro que esses registros não correspondem à realidade, visto que, se fosse, Bangu, por exemplo, teria um movimento de droga três vezes maior que toda a zona sul do Rio de Janeiro e o bairro da Barra da Tijuca:

Os números, no entanto, revelam algo muito mais concreto do que a própria realidade. A partir do mapa de registro, apresentado anteriormente, podemos estudar a opção política do Estado ao tratar da maior demonstração do exercício de poder a sua disposição, ou seja, o encarceramento. A isto nos referimos como seletividade punitiva.⁷⁴

Dessa forma, é criado então o traficante, com o estereótipo de bandido, que se vai consumado na figura de um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda, como observa a criminóloga Vera Malagutti⁷⁵. A seleção das pessoas impactadas pela prática do que é caracterizado como tráfico de substâncias entorpecentes é inegável. Uma rápida análise dos inúmeros indivíduos detidos por esse delito revela que, embora envolvidos no comércio ilegal de entorpecentes, esses indivíduos se enquadram no que o criminologista norueguês Nils Christie como apontado por Zaccone, chamou de "acionistas do nada"⁷⁶.

No ápice da cadeia do comércio de drogas proibidas, "esticas", "mulas" e "aviões" apenas detêm uma fração mínima dos lucros gerados no negócio, montante que jamais os capacitará a ter uma participação efetiva nas organizações que operam no mercado ilegal de drogas. Desprovidos de propriedade, isolados de uma rede social protetora, os varejistas de drogas ilegais na sociedade constituem um contingente perigoso, levando o mesmo

⁷² D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: Quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁷³ Delegacias de Policias das cidades da Baixada Fluminense do Rio de Janeiro usadas por Orlando Zaccone: Bangu (34ª DP), Santa Cruz (36ª DP), Bonsucesso (21ª D), Jacarepaguá (32ª DP), Imbariê (62ª DP) e São Cristóvão (17ª).

⁷⁴ D'ELIA FILHO. *Ibidem*. p. 15.

⁷⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis** - Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 28.

⁷⁶ CHRISTIE, Nils. *A Indústria do Controle do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 56.

criminologista a concluir: "Em todos os países industrializados, a guerra contra as drogas fortaleceu efetivamente o controle do Estado sobre as classes potencialmente perigosas"⁷⁷.

O combate às drogas em si, não exterminou a sua popularização, na verdade, houve o contrário, seleção de quem pode e não usá-las, isso porque como exposto no início do capítulo, diversas são as drogas usadas por pessoas comuns no dia a dia, e só parte delas, são criminalizadas. Juntamente com essa onda de proibicionismo vem o alto valor de mercadoria e troca, em que, mais se paga, visto que o risco é maior, e, juntamente, vem a criminalização de outros corpos, como, por exemplo, as mulheres negras que vivem em estigma de feminização da pobreza e, crianças e adolescentes:

“A entrada maciça da classe média no consumo aparece em inúmeros processos. Se a demanda cresceu tanto [...] a oferta vai recrutando nos morros do Rio de Janeiro os jovens que vêm na atividade possibilidades de ganhos fáceis e rápidos[...]"⁷⁸

Além disso, como Malaguti assevera em sua obra, esses adolescentes em sua maioria exercem o chamado “aviãozinho”, levam e trazem pequenas trouxas de drogas e dinheiro, vistas como mão de obra barata e que, apesar de serem responsabilizadas pela prática, não são de fato, presas.

Passado o processo de escolha entre quem é usuário e traficante, a redação do artigo 28 da lei 11.343 de 2006, nos conduz a uma afirmação fundamental: para o legislador, a mera posse de drogas para consumo pessoal é considerada passível de sanção penal. A lei não se concentra em prevenir danos a terceiros, mas sim em intervir na conduta de indivíduos que desejam utilizar substâncias entorpecentes. Em essência, a lei busca impedir a possibilidade de autolesão por parte do usuário de drogas, utilizando penalidades como meio de dissuasão. Ou seja, o simples ato de portar drogas para uso pessoal é considerado crime, independentemente de a substância ser efetivamente consumida. Basta que o indivíduo possua as drogas com a intenção de consumo para ser classificado como criminoso. Nesse contexto, estabelece-se um tipo de crime de "perigo abstrato".

Em outras palavras, há uma presunção de perigo em relação ao dano ao bem jurídico da saúde pública, conforme entendido pela doutrina jurídica, e a lei busca protegê-lo por meio dessa abordagem legal. Para Martinelli, o paternalismo pode ser descrito como interferência na liberdade de escolha de alguém, com ou sem coerção, para o próprio bem da pessoa, e assim, ele classifica o paternalismo em 3 características principais: 1) a intervenção na

⁷⁷ Ibidem, p. 61.

⁷⁸ BATISTA, Vera Malaguti. op. cit. p. 97

liberdade de seleção de alguém; 2) quem interfere quer o bem da pessoa que sofreu a interferência; 3) aquele que interfere age contra a vontade do suposto beneficiado.⁷⁹ Além disso, segundo Feinberg, uma distinção significativa emerge entre o paternalismo rígido e o moderado. O paternalismo rígido autoriza a intervenção do direito penal nas decisões e considerações de adultos competentes, isto é, a interferência nas escolhas pode ocorrer em relação a indivíduos capazes de discernimento. Por contraste, o paternalismo moderado se justificaria apenas quando as decisões são tomadas por pessoas incompetentes, permitindo que os competentes cultivem sua liberdade e assumam riscos autoimpostos.

Ou seja, o paternalismo jurídico nada mais é que a introdução do estado na vida das pessoas por meio de políticas públicas, e a Lei de Drogas é um exemplo claro disso, uma vez que, mesmo que individualmente o uso só tenha a ver com a própria pessoa, o judiciário por entender a saúde do indivíduo como bem coletivo, interfere no uso de determinadas substâncias. Entretanto, voltando ao ponto abordado no início do capítulo, essas escolhas são políticas, visto que não há a mesma forma de intromissão quando se trata de medicamentos, sendo então o paternalismo mais rígido.

3.1.2 Tráfico privilegiado e o ato análogo ao tráfico de drogas

O tráfico de drogas além de contar com uma pena extremamente punitiva - de 5 a 15 anos de reclusão, também é caracterizado como crime hediondo, ou seja, tem redução de benefícios expostos no Código Penal aos apenados, já que os crimes hediondos nos termos da Lei 8.072/1990, são considerados inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto, e a progressão do regime só pode ocorrer após o cumprimento de dois quintos da pena, caso o réu seja primário, e de três quintos, se for reincidente.

No parágrafo 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, é imposta a modalidade que chamamos de tráfico privilegiado, a qual, na realidade, é apenas uma causa de diminuição da pena:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

[...]

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de

⁷⁹MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo na Lei de Drogas**. IBCCRIM, Revista Liberdade. n. 02, set de 2009.

bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

Percebe-se que para aplicação da referida causa de diminuição de pena é necessário que o acusado:

- a) seja primário: isto é, não seja reincidente, lembrando que para ser reincidente é necessário que tenha sido condenado definitivamente (com trânsito em julgado) antes da data do fato apurado;
- b) de bons antecedentes: ou seja, não responda a outra ação penal;
- c) não se dedique às atividades criminosas em integre organização criminosa: não esteja envolvido na "criminalidade", mesmo nunca tendo respondido a um processo criminal.

Foi a partir do HC 118.533, impetrado pela DPU a favor de dois réus condenados a 7 anos e 1 mês de reclusão pelo juízo da comarca de Nova Andradina/MS, em 2018, que, por 8 votos a 3 que o STJ decidiu que o tráfico privilegiado não deveria mais ser considerado crime de natureza hedionda, podendo assim, a pessoa condenada no previsto no art. 33, parágrafo 4º, ter direito à progressão de pena. O tráfico privilegiado ter a hediondez afastada é bastante significativo, um exemplo disso, é que, pessoas condenadas a menos de 4 anos por exemplo de acordo com o exposto no art. 33 do Código Penal, podem responder o crime em regime aberto, quando maior de 4 e menor de 8 em regime semi-aberto, entretanto, não podendo o crime ser hediondo.

Agora, se um adulto que responde por tráfico privilegiado tem direito a causa de diminuição da sua pena, podendo esta ser convertida em meio aberto, será que os adolescentes que cometem o Ato Análogo em mesma condições que esses adultos - primariedade, bons antecedentes, e sem dedicação a Organização Criminosa, também são responsabilizados de forma menos gravosa?

O STJ de acordo com a súmula 492 diz que:

O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

É no judiciário que se encontra a evidência talvez mais palpável da seleção dos condenados em razão da lei de drogas, e, ingênua é achar que os adolescentes estariam livres dos paradigmas e preconceitos da sociedade que refletem na estrutura do judiciário. Diante de todo esse trabalho foi possível entender o conceito e a problematização do juiz-pai, entretanto, quando falamos do ato infracional é esse estado paternalista, que vai transformar o

juiz no protagonista na esfera da infância e juventude. Por isso, no próximo capítulo, de forma qualitativa, serão analisadas decisões do STJ, de modo a demonstrar -ou não-, o poder paternalista do estado.

3.2 O caso análogo ao tráfico de drogas e as Decisões perante o STJ

Toda a construção dada até o momento pelo presente trabalho embasa como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decide e justifica suas decisões. Partindo da análise crítica, esse trabalho não pretende ser imparcial -até porque não há parcialidade em nenhuma decisão tomada por qualquer ser humano que seja-, isso porque nenhuma pesquisa científica é imparcial, pois quando em forma de pesquisador nos colocamos em campo, ou analisamos dados, fazemos com o olhar a partir de nossas próprias vivências. A opção por estudar de forma prática e analisar como o STJ decide questões da justiça juvenil, se trata de uma análise de casos “paradigmáticos”, isso porque, as pesquisas que focalizam a punição de adolescentes no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, costumam analisar juizados de primeira instância, cujas decisões não tendem a influenciar o modo como os órgãos judiciários brasileiros atuam⁸⁰

3.2.1 A escolha das Decisões

O objetivo da pesquisa é identificar se adolescentes são punidos mais gravosamente que adultos quando cometem atos infracionais análogos ao tráfico de drogas, visto que, como mostrado anteriormente, se um adulto estabelece o previsto no parágrafo 4^a da Lei de drogas, incorre no tráfico privilegiado, tendo, assim, direito de responder em liberdade. Dessa forma, a seleção das decisões foi realizada em quatro etapas: 1) identificação do objeto a ser analisado; 2) busca dessas questões no sítio eletrônico do STJ; 3) registros das decisões; 4) seleção das decisões que respondiam ao critério adotado.

Os critérios de seleção dessas decisões foram os seguintes:

- a) estarem respondendo ao ato análogo ao tráfico de drogas;
- b) serem adolescentes primários;

A escolha dos julgados foi realizada a partir da busca de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a palavra-chave utilizada foi súmula 492, em razão da disposição dela sobre a não obrigatoriedade da internação no ato infracional análogo ao tráfico de drogas.

⁸⁰ CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O pior dos dois mundos?** A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: IBCCRIM, 2018.

Como resultado da busca chegamos ao total de 27 decisões, as quais foram submetidos ao exame dos critérios descritos anteriormente, desse modo, ao realizar o filtro final chegou-se ao número de 7 decisões que serão analisadas a seguir.

3.2.2 Análise das Decisões

Decisão 1: AgRg em Habeas Corpus

Habeas Corpus de nº 734-755

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Resumo: Impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo, em favor de K. Dos S. contra decisão monocrática proferida pela Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo nos Autos de Agravo de Instrumento. O Ministério Público ofereceu representação contra o adolescente requerendo **internação provisória**, em razão da prática do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, pois foi surpreendido na posse de 109,9 g de maconha e 23,05g de cocaína.

O juízo recebeu a representação entretanto indeferiu o pedido de internação provisória. O MP interpôs Agravo de Instrumento, e a desembargadora do TJSP deferiu o pedido de tutela recursal e determinou a internação provisória.

A defensoria pública em sede de HC alega constrangimento a súmula 492 da Corte Superior, e, alega que a decisão *“fundamentou-se única e exclusivamente em um critério genérico, de suposto envolvimento acentuado com o narcotráfico, não tendo sido sequer observado se estavam presentes um dos requisitos objetivos autorizadores da internação, conforme o art. 122 do ECA”*

A desembargadora relatora do TJSP deferiu a tutela pleiteada pelo MP nos seguintes termos:

Ocorre que o adolescente responde a procedimento de apuração de ato infracional grave, equiparado ao crime de tráfico de drogas, assemelhado aos considerados hediondos (artigo 2º da Lei nº 8.072/90) situação que, somada à quantidade de entorpecentes encontrados na posse do jovem, 105 porções de maconha; 178 porções de cocaína em pó: e 53 porções de cocaína em forma de pedra (1s.09/13 dos autos principais), a despeito de não registrar antecedente infracional, indicam provável envolvimento aprofundado em meio deletério, a consubstanciar situação de vulnerabilidade, com risco à sua integridade física e psíquica. Existem, portanto, indícios suficientes de materialidade e autoria, imprescindíveis à autorização da internação cautelar. A gravidade do ato infracional demonstra, a princípio, a necessidade imperiosa da medida de internação, como forma de resguardar o jovem da situação de risco a que

está submetido, a fim de que permaneça afastado do meio específico, diante de sua situação de vulnerabilidade social.

Assim, justifica-se a internação provisória, razão pela qual determino o processamento do presente agravo em seu efeito ativo, e a imediata internação provisória do agravado, com a adequação da data para a realização da audiência de apresentação do jovem, em observância ao art. 183 do ECA (prazo máximo de 45 dias)." grifo meu.

A ministra do STJ, Laurita Vaz, concedeu a ordem de Habeas Corpus para cassar a decisão do TJSP, em razão de o paciente ser primário, não responder outras medidas socioeducativas e, por se tratar de ato infracional cometido sem violência ou grave ameaça, frisando o exposto na súmula 492 da Corte Superior. O Ministério Público Federal interpôs Agravo regimental contra a decisão do HC, alegando que:

“encontra-se concretamente justificada, pois evidenciada a situação de risco do menor a embasar a medida excepcional, notadamente em razão da quantidade e diversidade de substâncias entorpecentes apreendidas, bem como das condições pessoais do adolescente, o qual encontra-se em situação de vulnerabilidade.

[...]

se a medida socioeducativa de internação encontra-se fundamentada em elementos concretos, sobretudo em razão da situação de vulnerabilidade em que encontra-se o menor, afasta-se, destarte, a possibilidade de aplicação de medidas socioeducativas mais brandas, sob pena de não conferir-lhe proteção integral". grifo meu.

Foi negado provimento ao agravo regimental nas mesmas razões da decisão do Habeas Corpus. No caso em tela específico, acho importante destacar que, não houve sentença condenando o adolescente ao ato análogo ao tráfico de drogas, e, mesmo assim, é requerida a imposição de internação simplesmente pelo *ato praticado* e possível *vulnerabilidade*. Ou seja, no presente caso, a aplicação é ainda mais severa, visto que a imposição de algo semelhante à um adulto se daria em razão de preenchidos os seguintes requisitos expostos no art. 312 da Lei nº 5.349, de 1967 “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.” No presente caso apresentado, qual se não exclusivamente o ato análogo ao tráfico de drogas e a *correção*, é o motivador da aplicação da medida de internação?

Decisão 2: AgRg em Habeas Corpus

Habeas Corpus 1 nº 652086

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública de Santa Catarina em favor de A. F. G. contra acórdão do TJSC na Apelação. O juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente a representação do Ministério Público em desfavor do adolescente, aplicando a medida de internação, em razão de ser surpreendido com 210,2g de crack e 47,5g de cocaína. O acórdão do TJSC ratificando a decisão do juízo de primeiro grau sustentou a internação em razão de:

"5. As medidas socioeducativas foram aplicadas da seguinte forma: Sabe-se que Microsistema Especial determina que, na ponderação da medida a ser imposta ao adolescente, sejam consideradas a sua 'capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração' (art. 112, § 19, assim como, como fim último, sejam observadas as 'necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários' (art. 100 c/c art. 113). A par dessas nuances, impende enfatizar os objetivos declarados das medidas socioeducativas, especificamente individualizados no art. 1º. § 2º da Lei n. 12.594/2012, quais sejam: (a) 'a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação (inciso I)'; (b) 'a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento' (inciso II)'; e (c) 'a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei' (inciso III).

Na espécie, observando os antecedentes registrados, denota-se que embora apenas o representado AKM tenha sido condenado ao cumprimento de medida socioeducativa no meio aberto (autos n. 0001967-79.2018.8.24.0075) - a qual, diga-se, não foi cumprida - os dois representados atualmente, respondem, cada um, há pelo menos 04 (quatro) outras representações.

Ademais, no caso dos autos, não há dúvida de que as condutas praticadas pelos representados são extremamente graves (tráfico de drogas), de maneira que ambos necessitam de reeducação e ressocialização, com atendimento psicológico, pedagógico e social, a fim de que assimilem a reprovabilidade do ato praticado e não tornem a efetivá-lo.

Assim sendo, a aplicação da medida socioeducativa de internação aos representados é medida que se impõe." (Evento 90).

Acertada a decisão supra. O art. 122 do ECA dispõe quais os casos em que poderá ser aplicada a medida de internação, in verbis:

[..]

Cabe enfatizar que, realmente, o perfil dos representados não contribui para

a alteração da medida imposta, como demonstram os seus históricos processuais:

[..]

A.F.G.:

5009610-32.2020.8.24.0075 (Roubo majorado - recebida representação);

*5003835-36.2020.8.24.0075 (Tráfico de drogas - recebida representação);
recebida representação)*

5006619-83.2020.8.24.0075 (Tráfico de drogas e associação para o tráfico -

5006844-06.2020.8.24.0075 (Tráfico de drogas - recebida representação).

[...]

Mantida, portanto, a medida socioeducativa de internação."

Foi deferido o pedido liminar para afastar a internação, e que o paciente aguarde o julgamento em medida socioeducativa de semiliberdade, em razão da Suprema Corte ser enfática no entendimento de que, processos em andamento não configuram hipóteses de reincidência, e, sendo assim, como é caso de ato cometido sem grave ameaça e violência prevalece o entendimento do exposto na súmula 492.

A defensoria pública interpôs Agravo Regimental contra decisão do HC em razão de:

“A decisão enfrentada negou a aplicação da medida de liberdade assistida ao menor sob o fundamento de que ressaltada a situação de risco social que se encontra o paciente, aliada à quantidade de droga apreendida, entendo que a medida mais apropriada seria a de semiliberdade. (e-STJ Fl.655)

No entanto, não é legítimo fixar medida mais gravosa utilizando-se do suposto risco social e da quantidade da droga apreendida, quando o adolescente é primário e sem antecedentes. Antes de supor o insucesso da medida da liberdade assistida, deve-se oportunizá-la ao menor, porque é aquela que melhor se adequa aos fins sociais almejados pelas ações socioeducativas.”

A ministra em sede de agravo, negou provimento, em razão de *“apesar de ser o adolescente tecnicamente primário, nada impede aplicar desde o início a semiliberdade, pois se verifica que o menor está exposto com habitualidade à atividade criminosa, demonstrando a necessidade da medida socioeducativa intermediária para protegê-lo da situação de vulnerabilidade social em que se encontra”* e, que a medida socioeducativa não tem papel punitivo, mas sim pedagógico, a fim de que seja oferecido ao adolescente condições para que *se recupere* e se afaste em definitivo da prática.

Decisão 3: AgRg em Habeas Corpus

Habeas Corpus nº 170861

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Habeas Corpus impetrado por advogado constituído em favor de P. H. R. C. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Em primeiro grau o juízo julgou procedente a representação do MP em desfavor do adolescente aplicando a medida de internação, e, em acórdão, a corte local concedeu parcialmente o pedido feito através de HC da defesa, determinando assim a substituição da medida socioeducativa de internação pela de semiliberdade. Nas argumentações, a defesa manifestou que o adolescente é primário, e que, a medida de semiliberdade era a ideal em razão da medida ser em local distinto de onde sua

família reside, o que configuraria constrangimento ilegal. Na decisão o ministro se manifesta a favor da ratificação da decisão do TJPR, em que a medida que se impõe é a de semiliberdade, em razão da *gravidade concreta na conduta imputada*, e, além disso, expõe que, em razão ao cumprimento da medida de privação de liberdade em localidade diversa da que residem os pais, *não se trata de direito absoluto e que deve por tanto, ser analisado caso a caso*, e por isso, negou provimento ao recurso.

Já em sede de Agravo Regimental impetrado pela defesa do adolescente, o ministro mantém os mesmos argumentos postos na decisão anterior e mantém a decisão recorrida.

Decisão 4: AgRg em Habeas Corpus

Habeas Corpus 711209

Relator: Antonio Saldanha Palheiro

A defensoria pública de Santa Catarina impetrou HC em favor de J. V. G. M., em razão da decisão do TJSC diante de apelação, em razão de ter sido aplicada ao adolescente em juízo de primeiro grau a medida socioeducativa de semiliberdade, em razão de *guardar em depósito para fins de comercialização 7,13g* divididos em 31 invólucros de matéria amarela, tendo cocaína em sua composição, já o TJSC reformou a decisão, substituindo a MSE de semiliberdade para internação. A defesa alega que a decisão da corte local foi baseada apenas no fato do adolescente ter processos em andamento, o qual não configura reincidência. O ministro do STJ negou provimento ao HC, em razão de, apesar o que diz a súmula 492, trata-se de medida imposta corretamente em razão das *peculiaridades do caso concreto, já que o paciente ostenta um histórico de atos infracionais*.

Nesse contexto, chama a atenção a alegação do próprio paciente por ocasião da audiência de apresentação, em que ele relata que, apenas por atos infracionais equiparados ao tráfico, "acredita que já tinha sido apreendido vinte e poucas vezes, tendo traficado por uns 3 ou 4 anos" (e-STJ fl. 300, grifei).

A defesa recorreu, impetrando Agravo Regimental, o qual foi negado pelo ministro com as mesmas justificativas pautadas no Habeas Corpus.

Decisão 5: AgRg em Habeas Corpus

Habeas Corpus nº 720541

Relator Olindo Menezes

Em sede de Habeas Corpus a Defensoria Pública de São Paulo alega que a medida de internação imposta a V. H. DE O. S., é ilegal, pois, se trata de ato sem grave ameaça e violência, além de que, o fato do adolescente possuir um processo em andamento não pode ser enquadrado em reiteração e, alega que se adulto fosse, faria juz ao exposto no art. 33, parágrafo 4, da Lei de Drogas -tráfico privilegiado, e por essa razão, sera prevista a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de forma que a decretação de medida de internação é desproporcional. O habeas corpus foi indeferido em razão de *o adolescente já ter sofrido medida socioeducativa de liberdade assistida por ato infracional equiparado ao crime de tráfico e associação para o tráfico*. Já em sede de Agravo Regimental, foi mantido o posicionamento da decisão agravada, em razão do *agravante não apresentar nenhum elemento capaz de alterar a conclusão do julgado*.

Decisão 6: AgRg em Habeas Corpus

Habeas Corpus nº 774820

Relatora: Ministra Laurita Vaz

O Ministério Público ofereceu representação em desfavor de W. M. O. DA S. em razão da apreensão de *“05 (cinco) eppendorfs de cocaína, com peso líquido de 0,96g; e 04 (quatro) porções de 'crack', com peso líquido de 0,51g; bem como guardava/tinha em depósito 34 (trinta e quatro) porções de 'crack', com peso líquido de 4,14g”*, no qual o juízo de primeiro grau aplicou a medida socioeducativa de internação, e, a defesa impetrou HC perante o Tribunal de origem, o qual negou a ordem. A ministra, em sede de Habeas Corpus ratificou a decisão do *juízo a quo*, em razão do adolescente já ter respondido infração análoga ao tráfico de drogas, e que, por esse motivo estaria configurada a hipótese de reiteração infracional, além de que, o paciente estaria em *vulnerabilidade social*, em razão de estar exposto com habitualidade à atividade criminosa.

Em Agravo Regimental interposto pela defesa do adolescente, foi alegado que, para que seja configurada a prática de reiteração social é necessário o trânsito em julgado da sentença que acolheu a representação de ato infracional. A ministra negou o provimento ao agravo regimental, em razão de entender que, o fato do adolescente já ter respondido por ato semelhante evidencia que se encontra exposto à atividade criminosa, e, por isso, é

demonstrado ser necessário a medida socioeducativa de internação *para protegê-lo da situação de vulnerabilidade social*.

Decisão 7: RE em AgRg em Recurso Especial

Agravo em Recurso Especial nº 1.991.482

Relator em RE: Ministro Jorge Mussi

Relator em AgRg em Recurso Especial: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Relator em Agravo em Recurso Especial: Humberto Martins

A defesa de K. H. A. DE S. impetrou Recurso Especial em razão de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que aplicou MSE de semiliberdade, o recurso não foi admitido, e, em sede de Agravo em RE ao STJ, também não. A defesa alega que a droga apreendida era para uso próprio do adolescente, o qual não possui em seu histórico envolvimento em atos infracionais.

Em Agravo Regimental contra decisão proferida pelo tribunal, o ministro negou provimento, em razão da quantidade de droga apreendida (407,5 gramas) constituir fundamento idôneo para a escolha da medida de semiliberdade. O Recurso Extraordinário foi negado seguimento pelo mesmo motivo.

De forma geral, seguem alguns dados das decisões escolhidas:

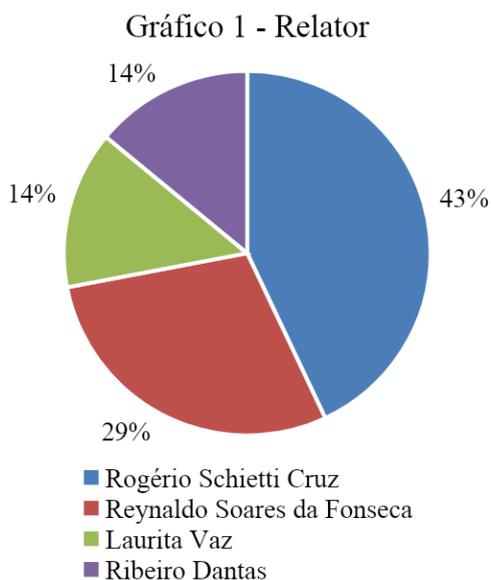


Figura 1: Gráfico apresentando o nome do Min. Relator da Decisão analisada. Fonte: elaborada pela autora, 2023

Gráfico 2 - Estado de origem do processo

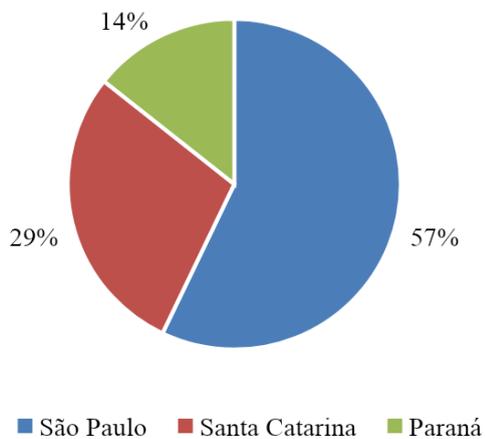


Figura 2: Gráfico apresentando o estado de origem do processo. Fonte: elaborada pela autora, 2023

Gráfico 3 - Recurso impetrado por

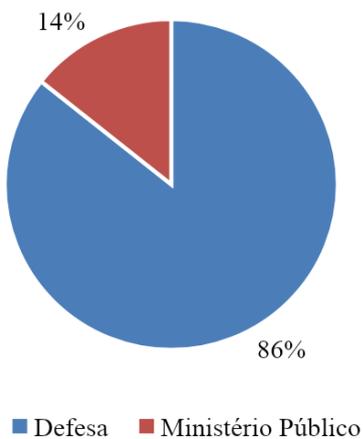


Figura 3: Gráfico apresentando a autoria do recurso levado ao STJ. Fonte: elaborada pela autora, 2023

Gráfico 4 - Defesa

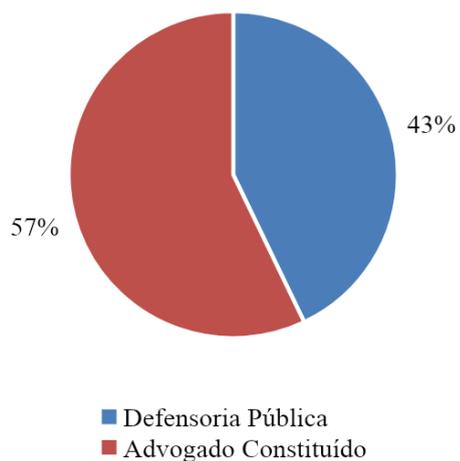


Figura 4: Gráfico apresentando se o adolescente é assistido pela Defensoria Pública ou Advogado Constituído. Fonte: elaborada pela autora, 2023

Gráfico 5 - Recurso Provido

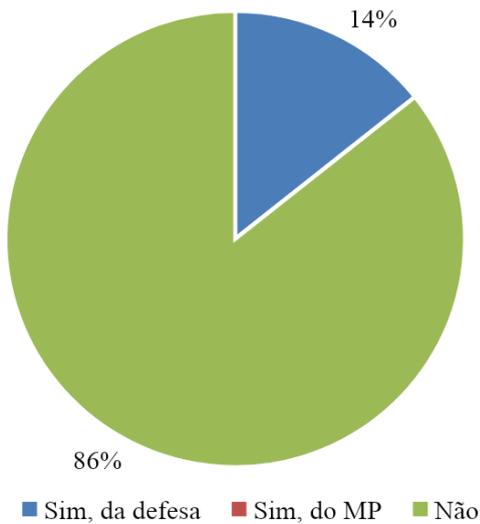


Figura 5: Gráfico apresentando se o recurso foi provido, de quem, e, se não. Fonte: elaborada pela autora, 2023

Todos os adolescentes eram do sexo masculino, não havia informação de raça e, apenas em um caso tinha esclarecimento sobre dados escolares.

Para cada caso, adotou-se a seguinte forma de análise: a) leitura das decisões e identificação de trechos relativos aos pontos abordados nos capítulos anteriores, tentando isolar as justificativas do tribunal para o caso em análise. De forma geral, as decisões são curtas, utilizam-se de argumentos já expostos seja pela defesa ou *parquet*, entretanto, em todas as decisões os discursos como forma de legitimar a internação dos adolescentes se baseiam em dois critérios: o uso da palavra *vulnerabilidade e proteção*. Três decisões em específico merecem uma leitura mais atenta, sendo elas:

1) *Registro que os atos infracionais não se equivalem aos crimes, tampouco as medidas socioeducativas tratadas no Estatuto da Criança e do Adolescente guardam correspondência com as penas previstas no Código Penal, pois, embora possam refletir em certa restrição à liberdade do adolescente, não apresentam caráter retributivo, mas eminentemente pedagógico e reabilitador, a fim de que sejam oferecidas ao adolescente as condições para que se recupere e se afaste em definitivo da prática de ilícitos.*

2) *“(...) Expostas essas considerações, resulta que há a necessidade de aplicação de medida socioeducativa, inclusive em benefício do próprio representado, sob pena de deixá-lo entregue ao sentimento de impunidade, o que poderia incentivá-lo a ingressar na vereda tortuosa da marginalidade. Assim, mera advertência não produziria as consequências necessárias que se buscam com a aplicação de medidas socioeducativas, ou seja, não internalizaria ao adolescente censo de responsabilidade. Por fim, sabe-se que as medidas socioeducativas não possuem natureza de pena, não estando fundadas na noção de culpabilidade. Servem, na realidade, como proteção aos adolescentes em conflito com a lei. As medidas socioeducativas*

são aplicadas levando em conta as circunstâncias e consequências do fato, gravidade da infração, bem como as necessidades pedagógicas do adolescente, visando sua ressocialização. A medida socioeducativa de internação é aplicável diante de circunstâncias efetivamente graves, observando-se, com rigor, o estabelecido nos incisos I a III do artigo 122 da Lei nº 8.069/90.”

*3) O apelado foi até então incapaz de assimilar o caráter ressocializador e educativo das reprimendas impostas, vindo a praticar, sucessivamente, delitos graves, o **que só reforça sua personalidade desvirtuada**, em total desrespeito às normas legais e sociais. E, examinada a medida privativa de liberdade dentro desse contexto, tendo em conta que as condutas do adolescente o levaram a um convívio social prejudicial e danoso, justifica-se sobremaneira a adoção da medida de internação, por fim, também como forma de afastar influências de trato nefastas.*

Diante desse cenário, portanto, faz-se necessária uma atenção especial e mais severa da intervenção estatal a partir de uma medida pedagógica mais eficaz à reintegração da adolescente à sociedade, como a internação, sendo totalmente impossibilitada a aplicação de qualquer outra medida mais branda.

Ou seja, a aplicação da Medida Socioeducativa não como forma de punir, mas sim de *ensinar, proteger, corrigir*, o juiz age com poder de pai, com resquícios de regras e procedimentos típicos da doutrina da situação irregular, considerando que os adolescentes são pessoas em estágio de desenvolvimento psíquico, que necessitam de uma atenção especial do Estado, a aplicação da medida socioeducativa de internação, que priva a liberdade do adolescente, somente é aceitável em hipóteses extremas, quando todas as outras medidas se mostraram insuficientes, entretanto, se mostra em tela que, como forma de *correção*, optam pela internação.

As decisões estudadas trazem elucidações genéricas, sem respeitar a individualidade de cada adolescente caso a caso, inclusive a utilização de meros processos em curso para fixar medida socioeducativa mais gravosa ao adolescente em voga, violando a garantia fundamental à presunção de inocência e o Enunciado 444 do STJ, se processos penais em andamento não podem impactar a pena-base, da mesma forma não devem ter influência na determinação do regime inicial. Da mesma maneira, se procedimentos de apuração de ato infracional em andamento não podem ser utilizados para prolongar a duração da medida socioeducativa aplicada, também não devem influenciar o tipo de medida socioeducativa adotada. Essa lógica deveria ser sustentada pelo in dubio pro reo- presunção de inocência.

Inclusive, quando se fala de *vulnerabilidade* para legitimar a aplicação da pena mais gravosa, esta não vem com maiores explicações, *vulnerabilidade em razão de quem? de que?*

[...] a vulnerabilidade é apresentada como um dado pertencente ao indivíduo que está sendo julgado, sem grandes explicações ou contextualizações:

trata-se de uma perspectiva que entende que, ontologicamente, as pessoas marginalizadas são vulneráveis. Mas em relação a que essas pessoas são vulneráveis, é uma questão não respondida diretamente.⁸¹

Como assevera Budó, especialmente quando associada ao uso de substâncias entorpecentes, suposta venda, ou contato, à participação em atividades delituosas e ao envolvimento com más influências, a vulnerabilidade frequentemente é interpretada como uma predisposição para a prática criminal. Isso estabelece uma estreita conexão com o conceito de periculosidade, no qual a análise da história pregressa de um indivíduo é utilizada para projetar o seu futuro. Nesse cenário, observa-se uma transição linear da imagem do menor em situação de risco, devido às suas condições sociais, para o menor considerado perigoso: de vítima de uma sociedade desigual e de responsáveis negligentes a protagonista de ações prejudiciais à mesma sociedade.

Em todos os casos, porém, o uso da vulnerabilidade está profundamente relacionado com a categoria da situação irregular, típica do menorismo. Entende-se que o Estado deve agir sempre que um “menor” está em situação irregular, especialmente em situação de perigo moral, com desvio de conduta ou autor de infração penal. Assim, em determinadas situações, ainda que o fato não seja considerado grave e o adolescente não esteja reiterando em sua conduta, aplicam-se medidas mais graves, como a semiliberdade e a internação pelo fato de que o adolescente não tem condições de se reintegrar socialmente, por ser vulnerável.⁸²

Dispõe o item 56 das Regras Mínimas das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Regras de RIAD), o art. 35, I, da Lei do Sinase:

*A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.*⁸³

Um adulto que fosse processado e condenado pela prática do crime de tráfico de drogas “privilegiado” (Lei 11.343/06, art. 33, § 4.º) não seria condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime inicial semiaberto. Pois, se primário e sem antecedentes, a resposta penal seria, com a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas.

Entretanto, o que se comprova na análise das decisões é que fica evidente o discurso paternalista relacionado ao direito penal juvenil, que, sob o argumento de “proteger

⁸¹ BUDÓ, Marília de Nardin. **Vulnerabilidade e ato infracional**: o novo léxico judicial para a legitimação do encarceramento de adolescentes no Brasil.

⁸² BUDÓ. *Ibidem*. p. 1041

⁸³ **Lei 12.594/12, art. 35.** *A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto.*

melhor”(paternalismo rígido) é frequentemente utilizado como forma de justificar violações às garantias fundamentais do adolescente, como forma de *correção*, que mais parecem de uma natureza punitiva, e, mesmo que se defenda a concepção prejudicial de que tais medidas visam a propósitos pedagógico-protetivos, não se pode negar o seu caráter repressivo, ou seja, impõem restrições de direitos ao adolescente *infrator*; ignorando inclusive o próprio ECA, que prevê no Art. 15 que crianças e adolescentes têm *direito à liberdade*, respeito e dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento, e *sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e leis*.

CONCLUSÃO

O tratamento dado à criança e ao adolescente pelo Estado, no Brasil, passa por três períodos distintos, conforme elaboração doutrinária a respeito e apontado no primeiro capítulo deste trabalho. Inicialmente, fala-se em indiferenciação penal, ou doutrina criminal de proteção, em que crianças e adultos eram tratados da mesma forma, em especial no âmbito penal, já pro fim do século XIX e início do século XX observa-se um conjunto de propostas legislativas que propõem uma nova regulamentação para o atendimento à infância, consolidando-se no Código Mello Mattos, de 1927. Dessa forma, adota-se uma postura assistencialista em relação às crianças cujas famílias não demonstram capacidade para oferecer proteção, o que suscita a necessidade de intervenção do Estado.

Dessa forma, sob a perspectiva da doutrina da situação irregular, a criança é tratada como sujeito de tutela estatal. Em vez de atuar de maneira preventiva na proteção da criança e do adolescente, o Estado limita sua intervenção a reagir aos problemas específicos de um grupo determinado de crianças: os órfãos, os abandonados, os que vivem em convívio anti-social, os autores de atos infracionais e os desajustados. O juiz, investido de amplo poder discricionário, adota uma postura tutelar, considerando a criança como objeto de sua proteção. É ele quem decide o que é melhor para aquela criança que não se enquadra nas normas sociais de convívio e nos padrões morais da sociedade em que está inserida.

A tentativa de reforma da legislação brasileira sobre os direitos da criança e do adolescente, notadamente por meio da Lei 4.513/1964, que estabeleceu a Política Nacional do Bem-Estar do Menor e criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem), e da Lei 6.697/1979, conhecida como o novo Código de Menores, não conseguiu superar a influência da doutrina da situação irregular.

De acordo com Saraiva durante a vigência do Código de Menores de 1979, cerca de 80% da população jovem recolhida nas unidades do sistema Febem não havia cometido qualquer ato infracional equiparado a crime, o que consagrou um impasse na reformulação efetiva das práticas em relação aos direitos da juventude.

sistema de controle da pobreza, que Emílio Garcia Mendez define como sociopenal, na medida em que se aplicavam sanções de privação de liberdade a situações não tipificadas como delito, subtraindo-se garantias processuais⁸⁴

A doutrina da proteção integral, inaugurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e amplamente inspirada nas normativas internacionais dos direitos humanos, incorpora garantias e direitos individuais diretamente relacionados ao processo de apuração de atos infracionais.

Com a promulgação do ECA, passaram a ser assegurados ao adolescente, durante esse procedimento, diversos direitos, incluindo o direito à ampla defesa e ao contraditório, a exigência de ampla fundamentação por parte do Juiz nas decisões que envolvem a aplicação de medidas socioeducativas, além do direito de ser informado sobre os motivos da apreensão em flagrante, entre outras disposições. Essas normas visam restringir o poder discricionário do Juiz e da autoridade policial em relação à liberdade do adolescente. Entretanto, durante toda a leitura de teses para o trabalho e a análise das decisões o que foi notado é o amplo poder do juiz. É como se o estado legitimasse que, certas crianças têm direito à educação e à essa *proteção integral* -sendo essas crianças brancas-, isso porque, como abordado no primeiro capítulo pouco se fala sobre as garantias instituídas às crianças negras. Após a Lei do Vento Livre e a Abolição da escravatura é sabido o completo descaso com a população negra, a qual recebeu sua carta de abolição e nada mais. Há essas pessoas não foi dada indenização pelos anos de trabalho forçado não remunerado e pelo processo completamente deslegitimador de não ser dono do próprio corpo, jogados aos morros das grandes capitais e constituindo hoje o que se tem por periferia, todas essas formas de agressão se perpetuaram aos seus filhos, se hoje o morro é cheio de pessoas pretas, crianças temos ali.

O procedimento infracional, à semelhança do processo penal, deveria funcionar como um meio de conter o poder do Estado. Afinal, a privação de liberdade é uma medida extrema e só deve ser adotada após um procedimento que assegure a mais ampla defesa ao adolescente, da mesma forma como é garantida ao acusado no processo penal. No entanto, essa perspectiva é ocasionalmente contestada com o argumento de que a medida

⁸⁴ SARAIVA. *op. cit.* p. 52

socioeducativa não se configura como uma pena, mas sim como um benefício, aplicado em nome de um suposto superior interesse do adolescente.

Diante do exposto no capítulo que analisa as decisões do Supremo Tribunal Federal, observa-se que aos adolescentes submetidos a procedimentos de apuração de ato infracional não é garantido, de maneira plena, o devido processo legal. Como resultado dessas limitações, verifica-se um aumento na aplicação da medida de internação. Segundo dados do último levantamento de dados do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo de 2017, temos 26.109 (vinte e seis mil, cento e nove) adolescentes e jovens incluídos no sistema, e 71,8% dos adolescentes estão em cumprimento de medida socioeducativa de internação.

Uma medida que deveria se orientar pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento (conforme o art. 227, § 3.º, V, da CF) acaba por se tornar frequente, em vez de excepcional, o que prejudica ainda mais o processo socioeducativo. Nesse contexto, opera-se sob a ideia de que a inimputabilidade do adolescente se baseia em sua suposta incapacidade de compreensão, conforme os preceitos da doutrina da situação irregular. Isso leva à percepção de que o Juiz é a figura que deve determinar as medidas mais adequadas para assegurar o "bem-estar" do adolescente, agindo como um pai que faz o que é melhor para seu filho.

Em muitos casos, o juiz negligencia a singularidade do adolescente, cedendo aos impulsos retributivos de uma sociedade impactada pela presença constante da criminalidade juvenil, muitas vezes inflamada pela mídia sensacionalista⁸⁵. Essa conjuntura propicia situações em que, por exemplo, avalia-se apenas a proporcionalidade entre o ato praticado e a gravidade da sanção, desconsiderando a intervenção mais adequada ao caso concreto, e, em muitos casos, como comprovado pelo presente trabalho, adolescentes acabam recebendo tratamento mais severo do que adultos na mesma situação.

Quando se trata da Lei de Drogas tem-se todo um papel reforçado a criminalizar certas condutas de apenas determinadas pessoas, como apontado no terceiro capítulo, de forma que, esses mesmos discursos elitistas se recaem sobre a população infantil e negra, entretanto, na presente pesquisa nas decisões não haviam dados sobre a raça dos adolescentes em questão, e, tão pouco há dados atuais acerca da quantidade de adolescentes negros em medida de internação no Brasil, sendo o dado mais recente de 2017, em que de acordo com o levantamento anual do SINESE, a quantidade de adolescentes negros e pardos no sistema socioeducativo era de 10.532, enquanto a quantidade de adolescentes brancos era 5.961 e

⁸⁵ Como aponta BUDÓ em sua tese de doutorado intitulada “*Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo do encarceramento da juventude pobre no Brasil.*”

9.393 não declarados, entretanto, seguindo a mesma lógica no sistema penal, no sistema socioeducativo a maioria dos atos infracionais não é contra a vida (contra o patrimônio): 38,1% - roubo e 26,5% - tráfico de entorpecentes.

É dessa forma que entendo que, atualmente já existem diversas obras apontando o quão seletivo o Sistema Judiciário é, e, como a Lei de Drogas na verdade legitima a prisão e morte de corpos negros:

O sistema de justiça criminal tem profunda conexão com o racismo, sendo o funcionamento mais do que perpassados por esta estrutura de opressão, mas o aparato reordenado para garantir a manutenção do racismo e, portanto, desigualdades baseadas na hierarquização racial. Além da privação de liberdade, ser encarcerado significa a negação de uma série de direitos e uma situação de aprofundamento de vulnerabilidades.⁸⁶

Entretanto, quando falamos do cerceamento dos direitos de crianças negras, esquecemos que, embora estes adolescentes estejam à mercê da mesma forma de opressões que adultos, temos no judiciário um reflexo de como a nossa sociedade vê adolescentes e crianças: um objeto a ser controlado. Como diz bell hooks⁸⁷, nossas crianças são as verdadeiras vítimas de um terrorismo íntimo, sem voz coletiva e direitos, permanecem como propriedade de adultos que fazem delas o que entendem melhor, assim como nos lares essas crianças são punidas como forma de *amor*, “*estou te punindo porque te amo*”, o judiciário pune severamente como forma de *correção*, e, como se por serem adolescentes em fase de crescimento a punição mais gravosa que a de adultos - que respondem seus crimes em liberdade- fosse a melhor solução em razão de *sua personalidade desvirtuada, em total desrespeito às normas legais e sociais*. Entretanto, finalizo esse trabalho com o seguinte trecho de bell hooks: *Não pode haver amor sem justiça. Até que vivamos numa cultura que não apenas respeite mas assegure direitos civis básicos para as crianças, a maioria delas não conhecerá o amor. [...] e é nossa responsabilidade dar amor às crianças.*

Toda a estrutura do ECA foi pensando de forma a *proteção integral* dessas crianças e adolescentes, mas o que acontece, é que na verdade essa proteção só vai funcionar para uma parte da população. É difícil imaginar que uma criança branca de classe média portando certa quantidade de droga iria ser abordada pela polícia, e mesmo que fosse, é inimaginável pensar que a ela seria imposto o rótulo de “aviãozinho”(forma comum de chamar pessoas que atuam no varejo de drogas de forma apenas a levar e trazer pequenas quantidades de drogas). Isso porque se imagina que a criança branca vêm de uma família *estruturada*, e, mora em ambiente a incentivar que não se cometa certas ações, enquanto que, um adolescente na

⁸⁶ BORGES, Juliana. Encarceramento em Massa

⁸⁷ HOOKS, Bell. **Tudo sobre o amor**: novas perspectivas. São Paulo: Elefante, 2021

mesma situação mas pobre, e morador de uma favela, seria **arrancado** do seu meio como forma de preservar sua ingenuidade. Ou seja, o próprio ambiente de criação dessa criança/adolescente já é contexto suficiente para que ela seja considerada em estado *vulnerável* e por isso, caberia ao estado intervir em prol de um bem maior. O que me parece estranho é que, o estado não se mostra presente em formas de políticas públicas, como incentivo à educação, atendimentos psicológicos à comunidade, oferta de trabalho e atividades extracurriculares, o estado só se encontra presente no momento da *punição*.

Não há que se falar em medida socioeducativa se de educação não tem nada, retirar um adolescente do seu ambiente familiar é na verdade a maior forma de desrespeito e deslegitimação dos direitos que uma pessoa pode ter, quem dirá alguém em formação. Parece-me claro que a punição estatal consiste na prática de uma violência física, em que, há coerção física, em que se oculta o fato de que a culpa desse adolescente se encontrar em tal situação é do estado, e, que, essa suposta *medida socioeducativa* poderia se dar de outra forma. São punidos de forma mais dura e com menos garantias que adultos.

O Superior Tribunal de Justiça amplia o controle penal exercido pelo estado nas suas decisões, não fundamenta sua decisão e, em todos os casos analisados houve o uso da palavra *vulnerabilidade e proteção* como forma de legitimar a aplicação da pena mais rigorosa- a restrição de liberdade de adolescentes-.

Almejo um mundo em que passaremos e superaremos a forma econômica que vivemos, que conquistemos o abolicionismo penal, e que, acima de tudo, todas as crianças e adolescentes tenham o direito de um lar amoroso, boa educação e o principal, que suas vidas não sejam ceifadas nem determinadas por conta da sua cor de pele.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Florianópolis: Instituto Carioca de Criminologia, Coleção Pensamento Criminológico, 2012.

_____. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, [s. l], v. 52, p. 163-182, jul. 2006.

_____. Mitologias e senso comum do abolicionismo penal no Brasil: desafios no contexto do capitalismo de “barbárie” sob a metabarbárie (o bolsonarismo). In: **Abolicionismos: vozes antipunitivistas no Brasil e contribuições libertárias**. p. 43-56. Organizador Guilherme Moreira Pires. Florianópolis, Habitus, 2020.

BATISTA, Vera Malaguti, 1955-. **Introdução crítica à criminologia brasileira/ Vera Malaguti Batista**. - Rio de Janeiro : Revan, 2011, 2ª edição, julho de 2012, 2ª reimpressão, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BATISTA, Nilo. **Punidos e Mal Pagos – Violência, Justiça, Segurança Pública e Direito Humanos No Brasil de Hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990

BARATTA, Alessandro. Ressocialización o control social (1991). In: **Criminología y sistema penal**. p. 376-394. Organizador: Carlos Alberto Elbert. Buenos Aires, Editorial B d F, 2004.

BORGES, Juliana. **O que é: encarceramento em massa?** Belo Horizonte-MG: Letramento: Justificando, 2018.

BUDÓ, Marília de Nardin. Newsmaking criminology: o papel dos intelectuais na construção de um novo discurso sobre o crime nos media. *Comunicação & Cultura (Lisboa)*. v.14, p.107 - 124, 2012.

BUDÓ, Marília de Nardin. **Vulnerabilidade e ato infracional: o novo léxico judicial para a legitimação do encarceramento de adolescentes no brasil**.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. **O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: IBCCRIM, 2018

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?/ Davis, Angela, 1994; tradução de Marina Vargas - 1ªed. - Rio de Janeiro: Difel, 2018.**

LIMA, Fernanda da Silva. Veronese, Josiane Petry. **Mamãe África, cheguei ao Brasil:** os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva da igualdade racial. Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente Penal e Responsabilidade Penal.** 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime.** Editora Acadêmica: São Paulo. 1993.3

ROSA, Alexandre Moraes da. **Introdução Crítica ao Ato Infracional:** Princípios e Garantias Constitucionais.

ROSA, E. M.; RIBEIRO JUNIOR, H.; RANGEL, P. C. **O adolescente:** a lei e o ato infracional, Vitória: EDUFES, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária:** elementos aproximativos e/ou distanciadores?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.