



No mérito, a r. sentença merece reforma, conforme se demonstrará.

Da análise dos autos extrai-se que o representado, no local descrito na inicial, trazia consigo no interior de uma mochila, 32,7g (trinta e dois virgula sete gramas) de cocaína, distribuída em cones plásticos de diferentes formatos e volumes, embalados da seguinte forma em 59 (cinquenta e nove) pequenos sacos plásticos transparentes. Consta que policiais militares em patrulhamento de rotina avistaram o representado retirar uma mochila do mato, sendo que abordado e revistado, logrou constatar-se que no interior da mochila foi encontrada a substância entorpecente apreendida. Na sequência foi indagado sobre a posse de tal material, tendo o mesmo admitido que estava vendendo drogas.

Assiste razão à Defesa ao afirmar ser incabível a aplicação de medida socioeducativa ao representado pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas.

Inicialmente, cumpre-nos fixar algumas premissas jurídicas acerca do conceito previsto no artigo 103 do ECA, de ato infracional.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 227, dispõe ser 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.”

A Lei 8069/90 estabelece como dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

O Estatuto se estende a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação, passando a considerá-los como sujeito de direitos,



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Câmara Criminal

pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, a requerer proteção e prioridade absoluta no nível das políticas sociais.

É certo que a infância e a adolescência constituem as fases de formação do caráter e da personalidade do indivíduo, em evidência, fragilizado, por isto mesmo necessitado de proteção integral.

Segundo a doutrina amplamente predominante o ato infracional é conduta análoga a infração penal é conduta típica, antijurídica e culpável.

Deste modo, a adolescente só receberá medida socioeducativa se autor de ato infracional, isto é, conduta análoga a descrita na Lei (Penal) como crime e contravenção.

Assim a conduta, pois, além de típica, há de ser antijurídica, ou seja, que não tenha sido praticada sob o pálio de quaisquer das justificadoras legais, as causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal, neste caso a representação será julgada improcedente com fundamento no art. 189, III, da ECA, ou seja, por não constituir o fato ato infracional.

Se a ação cometida pelo adolescente, embora típica e antijurídica, por ausência de elementos constitutivos do conceito de culpabilidade não for reprovável, não se lhe poderá impor medida socioeducativa.

Neste contexto, até aonde pode ir o juízo de reprovação em relação à conduta delituosa de indivíduos marginalizados socialmente que integram o tráfico de drogas e a quem se imputa a associação ao denominado “Movimento”?

A Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho aborda a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a ação Imediata para a sua Eliminação e seu artigo 3º, letra “c” dispõe que:

“(…) Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:



c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;(…)”

Por sua vez, a Recomendação 190 da OIT sobre a proibição das piores formas de trabalho, em seu item 9, prevê que os membros deveriam assegurar que as autoridades competentes incumbidas da aplicação das normas jurídicas nacionais sobre a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, colaborem entre si e coordenem suas atividades.

Segundo a exposição brilhante do Procurador-chefe do Ministério Público do Trabalho (MPT-CE), Dr. Antônio de Oliveira Lima, o tráfico de drogas é considerado uma das piores formas de trabalho infantil pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Seja utilização, recrutamento ou oferta de crianças para a produção ou tráfico de entorpecentes.

De acordo com o mencionado Dr. Antônio de Oliveira Lima o trabalho infantil e o mercado ilegal avançam nos locais onde não há proteção ou políticas públicas para atender as demandas das crianças e da sociedade. Para ele, é preciso trabalhar muito mais a prevenção e um conjunto de ações que busque ocupar o espaço dominado pela venda de droga e ainda conclui que:

"O traficante sempre vai procurar locais onde não tem políticas públicas para dar conta das demandas da sociedade, então rapidamente consegue pessoas para trabalhar. in <http://www.promenino.org.br/noticias/namidia/crianca-no-traffic-de-rogas-e-uma-das-piores-formas-de-trabalho-infantil> acesso em 22 de julho de 2016.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe mudanças significativas na política social, com a ampliação dos direitos individuais e coletivos, instituindo-se um reordenamento das relações sócio-institucionais na gestão das políticas públicas e uma redefinição dos papéis dos entes federativos (federal, estadual e municipal), no qual o município passa a deter o lugar privilegiado da execução destas políticas.



Diz o 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, considera como criança o indivíduo com idade entre zero e doze anos (0 à 12) incompletos, e como adolescente a pessoa com idade entre doze e dezoito anos (12 à 18) incompletos.

Foi criado para proteger e garantir que estas crianças e adolescentes tivessem acesso a direitos básicos como saúde, educação, cultura, esporte, lazer, entre outros, sendo esses direitos deveres do Estado e da família, preferencialmente propiciados pelas políticas públicas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente materializa uma das diversas lutas e conquistas do movimento de democratização real da sociedade, ou seja, do ponto de vista da promoção de direitos, representa uma importante política pública brasileira. Baseado na Doutrina da Proteção Integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura às crianças e adolescentes tais direitos.

No caso de cometimento de ato infracional, estão destinadas medidas de caráter socioeducativo e também protetivas.

A regulamentação e a aplicação de medidas protetoras para a criança quando cometem infração ou se encontram em situação de risco, estão dispostas no artigo 101 da Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Dispõe o referido dispositivo legal, que:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar
- IX - colocação em família substituta.

Os adolescentes também estão sujeitas à aplicação das mesmas medidas protetoras e o emprego de medidas socioeducativas de acordo com o artigo 112 do ECA.

Desta perspectiva, compreendê-los como pessoas em desenvolvimento, estando ou não em conflito com a lei, é o que prevê o ECA, não devendo ser esta compreensão pautada pelo Código Penal.

A precariedade das políticas públicas para adolescentes, especialmente aqueles em conflito com a lei, como os sistemas socioeducativos refletem a falta de perspectiva de mudança do quadro atual da sociedade, a qual convive com a falência desse modelo, associado a exclusão social sofrida pelos adolescentes que vivem abaixo da linha da miséria e suas famílias.

Nos locais onde existe o predomínio de organizações criminosas, prevalece a prática do tráfico e porte de drogas por parte dos adolescentes, que são cooptados pelas referidas facções, justamente em razão da omissão do poder público na implementação de políticas públicas que previnam a inserção do adolescente na criminalidade.

O Brasil é signatário de documentos internacionais com o Estatuto de Roma, que proíbe expressamente o uso de crianças em conflitos armados externos ou internos.

A vigésima-sexta Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho realizada em Dezembro de 1995 recomendou, inter alia, que as partes num conflito adotem todas as



medidas possíveis para evitar que as crianças com menos de 18 anos participem em hostilidades.

O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à participação de Crianças em Conflitos Armados, ratificado pelo Brasil através do Decreto n. 5006, de 8 de março de 2004, obriga o Brasil a deixar fora desses conflitos todos os brasileiros menores de dezoito anos, considerando a obrigação de proteção e cuidados especiais para as pessoas em processo de desenvolvimento, e que elas se possam desenvolver e serem educadas em condições de paz e segurança.

Cumpra observar a Convenção de Genebra, que o Brasil é signatário, que em atenção à proteção de Crianças e adolescentes.

Devemos lembrar que os diplomas legais internacionais (Tratados e Convenções), principalmente, aqueles que versam sobre direitos humanos, possuem o status supralegal, possuem força obrigatória e vinculante e só podem ser retirados do ordenamento interno por meio da denúncia – ato que implica na retirada do Estado de determinado tratado internacional.

O artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 determina que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ademais, levando em consideração uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição brasileira, foi a de atribuir aos direitos garantidos nos tratados de direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional.

É notório que o Estado do Rio de Janeiro, atualmente, vivencia a realidade uma verdadeira guerra civil não expressamente declarada, mas reconhecida pelos órgãos de controle de segurança do país, que impôs a “intervenção militar” das forças armadas tentar solucionar o descontrole da segurança no Rio de Janeiro, que tem abalado a ordem pública.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

Tal fato, infelizmente tem gerado inúmeras vítimas, principalmente crianças, em razão do constante confronto armado entre o Poder Público com o poder paralelo, que tem aterrorizado toda a sociedade.



É importante lembrar que o Brasil é signatário da Convenção de Genebra, que dispõe sobre a proteção geral das populações contra determinadas consequências da guerra, que estabelece no artigo 14 que Crianças com menos de 15 anos devem receber proteção contra os efeitos das hostilizações advindas de uma guerra, vejamos, in verbis:

ARTIGO 14 - Desde o tempo de paz, as Partes contratantes e, depois do início das hostilidades, as Partes no conflito, poderão estabelecer no seu próprio território e, se houver necessidade, nos territórios ocupados, zonas e localidades sanitárias e de segurança



organizadas de modo a proteger dos efeitos da guerra os feridos e os doentes, os enfermos, os velhos, as crianças com menos de 15 anos, as mulheres grávidas e as mães de crianças com menos de 7 anos.

Em que pese a Convenção de Genebra se referir às Crianças, compreendendo aquelas menores de 15 anos de idade, deve-se interpretar o referido artigo nos termos da legislação brasileira que estabelece na Constituição Federal de 1988 proteção integral às Crianças e adolescentes, englobando todo aquele que se encontra em desenvolvimento até 18 anos de idade.

Diante do alto índice de crianças e adolescentes, principais vítimas das hostilizações da guerra é crucial dar efetividade à Carta Magna para fazer cumprir o diploma internacional em evidencia, gerindo o caos urbano com medidas de proteção que se impõe na Convenção de Genebra, vejamos:

ARTIGO 17

As Partes no conflito esforçar-se-ão por concluir acordos locais para a evacuação, de uma zona sitiada ou cercada, dos feridos, doentes, enfermos, velhos, crianças e parturientes, e para a passagem dos ministros de todas as religiões, do pessoal e material sanitários com destino a esta zona.

ARTIGO 50

A Potência ocupante facilitará, com a cooperação das autoridades nacionais e locais, o bom funcionamento das instituições consagradas aos cuidados e educação das crianças. Tomará todas as medidas necessárias para facilitar a identificação das crianças e o registro da sua filiação. Não poderá, em caso algum, mudar o seu estatuto pessoal, nem alistá-las nas formações ou organizações que lhes estejam subordinadas. Se as instituições locais forem inadequadas para o fim a que se destinam, a Potência ocupante deverá tomar disposições para assegurar a manutenção e a educação, se possível por pessoas da sua nacionalidade, língua e religião, das crianças que forem órfãs ou estiverem



separadas de seus pais em consequência da guerra, e na ausência de um parente próximo ou de um amigo que as possa tomar a seu cargo. Uma seção especial da repartição criada em virtude das disposições do artigo 136 será encarregada de tomar todas as medidas necessárias para identificar as crianças cuja identidade seja incerta. As indicações que se possuírem acerca de seus pais ou outros parentes próximos serão sempre registradas. A Potência ocupante não deverá pôr obstáculos à aplicação de medidas preferenciais que possam ter sido adotadas, antes da ocupação, em favor das crianças com idade inferior a 15 anos, mulheres grávidas e mães de crianças com menos de 7 anos, pelo que respeita à alimentação, cuidados médicos e proteção contra os efeitos da guerra.

Gera a todos enorme perplexidades em ter conhecimento que Crianças e adolescentes são feridas e mortas dentro de escolas em consequência do conflito armado que se estabelece, principalmente, nas comunidades carentes, as quais são hostilizadas com os efeitos da intensificação da intervenção armada dos órgãos oficiais de segurança pública em combate à criminalidade.

Não se tem a intenção de criticar a intervenção federal que se estabeleceu no Estado do Rio de Janeiro, contudo, diante do crescente número de crianças e adolescentes vitimizadas e hostilizadas em razão do desenfreado confronto armado nas comunidades, torna-se necessário, primeiramente, observar a Constituição Federal que estabeleceu a proteção integral para as crianças e adolescentes e, dar fiel cumprimento à Convenção de Genebra que impôs aos países signatários proteção às Crianças contra quaisquer situações de hostilizações em consequência de uma guerra, não podemos desconsiderar que vivenciamos mais que uma intervenção federal contra a criminalidade do Estado do Rio de Janeiro, pois o cenário é verdadeiramente de guerra, em que as Forças Armadas dispõe de seu efetivo e armamento bélico destinado à defesa nacional para coibir atuação do “poder paralelo” que gera aterrorizante conflito armado constantemente.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal



Adotado pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados, em 08 de junho de 1977. O Brasil aderiu em 05 de maio de 1992 Protocolo adicional à Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional, vejamos.

ARTIGO 77 - PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS

1. As crianças serão objeto de um respeito especial e serão protegidas contra qualquer forma de atentado ao pudor. As Partes em conflito lhes proporcionarão os cuidados e a ajuda que necessitem, por sua idade ou por qualquer outra razão.

2. As Partes em conflito tomarão todas as medidas possíveis para que as crianças menores de quinze anos não participem diretamente nas hostilidades, especialmente abstendo-se de recrutá-las para as suas Forças Armadas. Ao recrutar pessoas de mais de quinze anos, porém menores de dezoito anos, as Partes em conflito esforça-se-ão para dar prioridade aos de maior idade.

3. Se, em casos excepcionais, não obstante as disposições do parágrafo 2, participarem diretamente das hostilidades crianças menores de quinze anos e caírem em poder da parte adversa, continuarão gozando da proteção especial concedida pelo presente Artigo, sejam ou não prisioneiros de guerra.

4. Se forem presas, detidas ou internadas por razões relacionadas com o conflito armado, as crianças serão mantidas em lugares distintos dos destinados aos adultos,



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

exceto nos casos de famílias alojadas em unidades familiares na forma prevista no parágrafo 5 do Artigo 75.

5. Não se executará a pena de morte imposta por uma infração cometida em relação com um conflito armado a pessoas que, no momento da infração, forem menores de dezoito anos.

Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais Adotado pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos conflitos armados, em 08 de junho de 1977. Brasil aderiu em 05 de maio de 1992.

Cumprir analisar o dispositivo referente à proteção de Crianças estabelecidos no protocolo II adicional à convenção de Genebra IV 1977 que foi ratificado pelo Brasil, vejamos.

TÍTULO II

TRATAMENTO HUMANO

ARTIGO 4.º

GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1 - Todas as pessoas que não participem diretamente ou já não participem nas hostilidades, quer estejam ou não privadas da liberdade, têm direito ao respeito da sua pessoa, honra, convicções e práticas religiosas. Serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem qualquer discriminação. É proibido ordenar que não haja sobreviventes.

2 - Sem prejuízo do caractere geral das disposições anteriores, são e permanecem proibidas, em qualquer momento ou lugar, em relação as pessoas mencionadas no n.º 1:

a) Os atentados contra a vida, saúde ou bem-estar físico ou mental das pessoas, em particular o assassinio, assim como os tratamentos cruéis, tais como a tortura, as mutilações ou qualquer forma de pena corporal;



- b) As punições coletivas;
 - c) A tomada de reféns;
 - d) Os atos de terrorismo;
 - e) Os atentados à dignidade da pessoa, nomeadamente os tratamentos humilhantes e degradantes, a violação, a coação à prostituição e todo o atentado ao pudor;
 - f) A escravatura e o tráfico de escravos, qualquer que seja a sua forma;
 - g) A pilhagem;
 - h) A ameaça de cometer os atos atrás citados
- 3 - As crianças receberão os cuidados e a ajuda de que careçam e, nomeadamente:
- a) Deverão receber uma educação, incluindo educação religiosa e moral, tal como a desejarem os seus pais ou, na falta destes, as pessoas que tiverem a sua guarda;
 - b) Todas as medidas adequadas serão tomadas para facilitar o reagrupamento das famílias momentaneamente separadas;
 - c) As crianças de menos de 15 anos não deverão ser recrutadas para as forças ou grupos armados, nem autorizadas a tomar parte nas hostilidades;**
 - d) A proteção especial prevista no presente artigo para as crianças de menos de 15 anos continuará a ser-lhes aplicável se tomarem parte direta nas hostilidades, apesar das disposições da alínea c), e forem capturadas;**
 - e) Serão tomadas medidas, se necessário e sempre que for possível com o consentimento dos pais ou das pessoas que tiverem a sua guarda, de acordo com a lei ou costume, para evacuar temporariamente as crianças do sector onde as hostilidades se desenrolarem para um sector mais seguro do país, e para as fazer acompanhar por pessoas responsáveis pela sua segurança e bem-estar.** (Grifei)

Merece aqui especial atenção o inciso XXVI do artigo 8.º que define como crime de guerra e, por conseguinte, de competência do Tribunal Penal Internacional, o recrutamento ou alistamento de menores de 15 anos, a fim de integrá-los a forças nos conflitos internos ou externos, estabelecendo como típica a conduta de “Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Câmara Criminal

O desenvolvimento da noção de crime contra a humanidade produziu-se no início do século passado.

No preâmbulo da Convenção de Haia sobre leis e costumes da guerra terrestre de 1907 (Convenção núm. IV), as potências contratantes estabeleceram que “as populações e os beligerantes permanecem sob a garantia e o regime dos princípios do Direito das Gentes preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública”[...].

Os crimes praticados contra pessoas vulneráveis ou em desenvolvimento são práticas criminosas contra a humanidade e constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar do mundo, mas sobretudo uma prática que impede o desenvolvimento sadio de uma criança podendo causar-lhe fortes e definitivos abalos psicológicos.

Os crimes contra a humanidade são um dos delitos reconhecidos pelo Direito Internacional, juntamente com os crimes de guerra, o genocídio, a escravidão e o crime de agressão. Isso significa que seu conteúdo, sua natureza e as condições de sua responsabilidade são estabelecidos pelo Direito Internacional, independentemente do que se possa estabelecer no direito interno dos Estados. A característica fundamental de um delito de Direito Internacional é que ameaça à paz e a segurança da humanidade porque choca a consciência da humanidade. Tratam-se de crimes de Estado planejados e que fazem parte de uma estratégia ou política manifesta contra uma população ou grupo de pessoas. Aqueles que os cometem, tipicamente, devem ser agentes estatais encarregados do cumprimento dessa política ou plano, que participam de atos de assassinato, tortura, estupro e outros atos repudiáveis contra civis, de maneira sistemática ou generalizada.

Há uma preocupação com o impacto nocivo e alargado dos conflitos armados nas crianças e com as suas repercussões a longo prazo em matéria de manutenção da paz, segurança e desenvolvimento duradouros.



O Brasil, embora seja uma terra onde não há conflitos internacionais, a crise econômica motivada pelas desigualdades sociais tem feito vítimas preferenciais, justamente pessoas em processo de desenvolvimento, as quais a Constituição destina princípios de direitos humanos internacionais como o do melhor interesse da criança, a proteção integral e o socorro preferencial.

Conforme já salientado, apesar de não estar oficialmente em guerra é comum ver ministros do governo e autoridades afirmarem que “Quando chegamos à Rocinha, havia uma guerra e hoje não existe mais isso. Existe tiroteio, mas infelizmente faz parte da história da comunidade”, como disse na mídia nacional o Ministro da Defesa Raul Jungmann. Tal declaração feita logo depois da ocupação militar da comunidade com tropas das Forças Armadas, quando foram utilizados tanques de guerra, helicópteros da Força Aérea Brasileira e um Destacamento de Reconhecimento Avançado do Exército, numa verdadeira operação de guerra com o fechamento do comércio local, suspensão das aulas prejudicando milhares de alunos e professores e com ordem de toque de recolher que impedia a população até mesmo de sair de casa.

O traficante Marcinho VP, preso desde 1996, antes de completar 21 anos, e condenado a um total de 48 anos, respondendo a uma pergunta sobre sua liderança no tráfico de drogas, afirmou, dentro de uma Penitenciária Federal de Segurança Máxima em Mossoró-RN, que “Eu não sou líder, eu fui integrante no passado, fui um menino soldado”.

Portanto, não há dúvida que as crianças brasileiras, cujo índice de assassinatos alcançou o percentual de 3,56 por mil adolescentes, estão sendo vítimas de uma guerra brutal onde sofrem maus-tratos, privações de liberdade, exploração do trabalho infantil por sua utilização na Guerra às drogas e precisa ser efetivamente prioridade absoluta nas políticas públicas preventivas, assim como serem tratadas com os cuidados necessários, que passam pela descriminalização dos atos que são obrigados a praticar nessa involuntária e irresistível coação para sobrevivência nas comunidades mais pobres e periféricas onde não estão presentes as políticas públicas inclusivas.

Assim, há muito que se pensar em ofertas de oportunidades e possibilidades para a população infanto-juvenil mais vulnerável,



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Camara Criminal

principalmente para a faixa da adolescência que revela demandas emergentes de políticas públicas em todas as áreas, tais como: educação, cultura, esporte, lazer, qualificação profissional, atendimento de saúde específico para este grupo etário com ênfase na saúde sexual e reprodutiva, atenção especial às ações de prevenção a drogadição e ao consumo de álcool e drogas.

O trabalho de reintegração social dos adolescentes, por meio de medidas socioeducativas, carece de um apoio mais consistente da rede socioassistencial e das políticas básicas para que possa alcançar os objetivos esperados.

Assim, quem está cometendo a infração é adolescente ou que medida se dá a corresponsabilidade do Estado no cometimento desse delito?

É notório no cenário socioeconômico e cultural do Brasil que vivemos em uma sociedade desigual, na qual são enormes as disparidades de suas condições de vida, educação, trabalho e saúde.

Sabe-se que as crianças e os adolescentes, principalmente aqueles em situação de pobreza, acabam sendo inseridos no mercado de trabalho precocemente. Segundo os estudos qualitativos da Organização Internacional do Trabalho, têm demonstrado que a exploração sexual e o tráfico de drogas absorvem na maioria das vezes a mão-de-obra dos adolescentes das comunidades no Brasil em situações de levam a danos pessoais, muitas vezes, irreparáveis (moral, físico, psicológico).

A Constituição Federal do Brasil, rege todo o ordenamento jurídico do país, derivando dela todos os demais ramos do Direito, inclusive o Direito Penal.

O Direito Constitucional e do Processo Constitucional, aqueles que garantem a defesa e aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais estabelece o princípio da culpabilidade que pode ser definido como a necessidade de culpa do agente para que o este cometa de fato um crime e por ele possa vir a ser punido. Neste sentido ensina Luiz Flavio Gomes, in verbis:



“O princípio da culpabilidade, indiscutivelmente, ao lado de todos os outros, também cumpre a função de limite material do *ius puniendi*. Mas a culpabilidade, enfocada como princípio limitador do poder de punir do Estado, não tem o mesmo significado que possui como categoria dogmática do Direito penal.

Em outras palavras: uma coisa é a culpabilidade como princípio de política criminal – não tem nenhum sentido prever pena para quem não tem capacidade de se motivar no sentido da norma –, outra distinta é a mesma culpabilidade dentro do Direito penal – entendida como juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato.

Assim, o princípio da culpabilidade, entendido no sentido político-criminal (ou seja: como normal capacidade do agente de motivação de acordo com a norma), impede que o autor de um fato punível seja efetivamente punido quando concorram determinadas condições psíquicas, pessoais ou situacionais que lhe impossibilitam o normal acesso à proibição (trata-se, em suma, das causas excludentes da culpabilidade).” GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: introdução e princípios fundamentais: volume 1 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 534/53

Dessa forma feito um breve comentário sobre a culpabilidade, cumpre esclarecer que a co-culpabilidade pode-se entender a responsabilidade que o Estado possui em certas infrações penais cometidas por indivíduos abandonados à própria sorte, indivíduos aos quais, foram negados os direitos mais fundamentais, como saúde, educação, que por derradeiro, causam afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para esta parcela marginalizada pelas mazelas sociais e econômicas em nosso país no tocante aos infantes em nosso país, exige-se o estudo da divisão da culpa entre o agente infrator e o Estado que se omite perante a imposição constitucional da proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescente Com a promulgação da Lei 8069/90 o Brasil adequa a legislação sobre infância à Convenção sobre Direitos da Criança da ONU de 1989, ratificada também em 1990, promovendo a mudança do



paradigma da situação irregular para a proteção integral, considerando criança e adolescente como sujeitos de direitos, inclusive à defesa quando da imputação de ato infracional.

Assim, de um modo geral, o discurso de combate ao tráfico de drogas tem sido um enorme fracasso, principalmente quando se trata de indivíduos em processo de desenvolvimento.

No Judiciário corporativo imerso na guerra contra o crime, a nulidade é “anulada” pela eficiência. A eficiência, enquanto metaprincípio, faz “correções de rumo”, afastando a normatividade por lhe ser uma externalidade inconveniente, inoportuna e desagradável. O “ponto fora da curva” torna-se regra contra quem preencher o arquétipo. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos reconhecidos em tratados internacionais, no trato dos “sem-voz”, tornam-se externalidades e, como tal, devem ser tratados, sempre que possível, devem ser contornados, ignorados ou violados. O processo penal transforma-se em um jogo de cartas marcadas, num simulacro de contraditório e ampla defesa.

O que se percebe é que a repressão do Estado não fez diminuir o consumo de drogas, nem o nefasto tráfico de entorpecentes, asseverando-se que jovens, em especial os afrodescendentes, são cada vez recrutados para um comércio que enriquece as organizações mafiosas e faz crescer os índices de criminalidade, além de sabotar o desenvolvimento de milhares de jovens que veem no tráfico uma opção atraente de “trabalho”.

Mais grave ainda quando analisamos a situação dos adolescentes que se iniciam no varejo do tráfico, que traduz sabidamente uma das piores formas de trabalho infantil, e o tratamento que o Poder Judiciário dispensa a eles por meio das Varas da Infância e da Juventude. Com efeito, na esmagadora maioria dos casos, os adolescentes são cooptados por grandes organizações criminosas para funcionarem como mão-de-obra barata dessa perigosa e altamente rentável atividade.

Colhe-se da publicação “Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil” elaborado por Xisto Tiago de Medeiros Neto (Procurador Regional do Trabalho) e Rafael Dias Marques (Procurador do Trabalho e Coordenador Nacional de Combate à



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Câmara Criminal

Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes do Ministério Público do Trabalho), realizado em 2013 em Brasília, que:

“Em face da natureza da atividade, destaca-se o trabalho produtivo (que visa ao lucro); o trabalho voluntário e assistencial (entidades beneficentes; igrejas); o trabalho doméstico (realizado no âmbito residencial e voltado para a família, própria ou de terceiros, como acontece nos casos em que um adolescente labora como babá de uma criança); o trabalho sob regime de economia familiar (que ocorre dentro do núcleo familiar, podendo ser doméstico ou não, como por exemplo, o serviço de ordenha do gado, em uma pequena propriedade familiar); o trabalho de subsistência; o trabalho artesanal; o trabalho artístico; o trabalho desportivo; e, ainda, o trabalho ilícito (tráfico de drogas; exploração sexual).

São, pois, amplas e inesgotáveis as possibilidades de ocorrência do trabalho infantil, e, em regra, a sua existência sempre poderá descortinar uma realidade de exploração, abuso, negligência ou violência, perante a qual incidirá a responsabilidade da própria família, de terceiros beneficiários do labor desenvolvido e também do Poder Público, podendo alcançar as esferas civil, penal, trabalhista e administrativa.(...)

I.3 – Perfil das principais ocorrências de trabalho infantil

(...)

f) Trabalho infantil em atividades ilícitas

Nesta área, têm-se as situações de maior dano e prejudicialidade para a criança e o adolescente. São atividades em que são eles utilizados para a prática de ilícitos graves, como o tráfico de drogas, a pornografia e a exploração sexual comercial.

A atuação do Ministério Público, em tais fronteiras, é de evidente dificuldade, porém necessária, prioritária e possível, havendo de ser realizada de maneira integrada com os órgãos policiais. (Fonte: www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/.../Guia_do_trabalho_infantil_WEB.PDF, acessado em 04/07/2016)



Os autores prosseguem afirmando que a expressão piores formas de trabalho infantil compreende a utilização, procura e oferta de crianças para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de drogas conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes.

No caso de adolescentes envolvidos no tráfico de drogas o Juiz deverá analisar cada caso concreto separadamente, levando em consideração a situação do adolescente infrator, analisando o nexo de causalidade entre a infração cometida e a perspectiva de vida que o jovem se encontra, considerando fatores à influência da marginalização que foi proporcionado pelo próprio Estado.

Desse modo, há que se questionar se o ordenamento jurídico brasileiro possibilita um tratamento jurídico diferenciado aos indivíduos menos favorecidos, de forma que, levando em conta suas peculiaridades, permita considerar o status social.

No livro “Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro”, fruto de pesquisa para dissertação de mestrado em História na Universidade Federal Fluminense, com prefácio de Alessandro Baratta, a Professora Vera Malaguti Batista apresenta dados estatísticos do envolvimento de adolescentes na cidade do Rio de Janeiro em atos ligados ao tráfico ou consumo de drogas, na ocasião 49% dos adolescentes no sistema socioeducativo respondiam por atos análogos a tráfico (38%) ou porte de drogas (11%).

Importante destacar a atualidade da pesquisa e as constatações da Professora Vera Malaguti: *“o processo de demonização das drogas, a disseminação do medo e da sensação de insegurança diante de um Estado corrupto e ineficaz, vai despolitizando as massas urbanas brasileiras, transformando-as em multidões desesperançadas, turbas linchadoras a esperar e desejar demonstrações de força.”*

Outra importante pesquisa sobre a realidade dos adolescentes no sistema socioeducativo, em especial aqueles responsabilizados pela prática de ato análogo a tráfico de drogas foi realizada pelo doutor em Sociologia Diogo Lyra na importante obra “A República dos Meninos: juventude, tráfico e virtude”, Rio de Janeiro, Mauad X/Faperj, 2013, onde se destaca as seguintes considerações:



“A maioria dos adolescentes do Criad Nova Iguaçu, quase 70%, estava em sua primeira passagem pelo sistema socioeducativo quando as entrevistas foram feitas. Resgatando as percentagens etárias, encontraremos também quase 70% do total de jovens do Criad com idade entre 17 e 18 anos. A apresentação desses dados não é trivial. Ela sugere o ponto ótimo de uma necessidade de independência. Não é por menos que 90% desses garotos estão lá por crimes contra o patrimônio ou aqueles relacionados a drogas, atividades que são encaradas por eles como uma espécie de trabalho, assalariado no caso dos traficantes e autônomo para os assaltantes”¹

Entendo que sim, pois diante da essencialidade da prestação dos serviços públicos à coletividade, tais como a saúde, educação e segurança, o Estado está sujeito a causar danos aos administrados, decorrentes de condutas omissivas ou comissivas capazes de caracterizar sua culpabilidade no fato de não cumprir com seu mister e possibilitar que jovens, principalmente das comunidade carentes sejam facilmente aliciados pelo tráfico de drogas por ausência de políticas públicas efetivas que possibilitem dar maior efetividade ao princípio da proteção integral de crianças e adolescentes em nosso país.

Nesse sentido ensina Rogério Greco:

“A teoria da coculpabilidade ingressa no mundo do Direito Penal para apontar e evidenciar a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de determinadas infrações penais pelos seus supostos cidadão. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem teto para abrigar-se, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os preparou e os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir à realidade que lhes é impingida, quando tais pessoas praticam crimes, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade. GRECO, Rogério.

¹ Lyra, Diogo. A República dos Meninos: juventude, tráfico e virtude, Rio de Janeiro, Mauad X/Faperj, 2013, pág. 57



Curso de Direito Penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002,

É necessário encampar a ideia que o fenômeno delitivo está interligado a variáveis sociais, culturais e econômicas, decorre, muitas vezes, de fatores estruturais, como o conflito familiares, por exemplo.

A Convenção 182 da OIT, promulgada pelo Decreto 3597 de 2000, no artigo 3º assim dispõe:

“Para efeitos da presente Convenção, a expressão "as piores formas de trabalho infantil" abrange: c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes;”

Como forma de combate a essas graves violações de direitos humanos da população juvenil, expostas a inúmeros riscos ao serem utilizadas como trabalhadoras nessas atividades extremamente perigosas, o tratado impõe aos signatários inúmeras obrigações em ordem a garantir seu efetivo cumprimento, das quais não se exclui o estabelecimento de sanções criminais (art. 7º).

Ressai evidente, entretanto, que as indigitadas penas somente podem ser impingidas àqueles que recrutam crianças para o exercício das atividades perigosas, e não às vítimas desse comportamento.

A análise do art. 7º não deixa qualquer dúvida a respeito, uma vez que estruturada em dois números, ambos contendo obrigação aos Estados signatários do pacto. Entretanto, apenas o número 2 prevê obrigações relacionadas às crianças vítimas, dentre as quais não está a aplicação de sanções criminais, mas sim medidas de proteção:

“Artigo 7, número 2: Todo Membro deverá adotar, levando em consideração a importância para a eliminação de trabalho infantil, medidas eficazes e em prazo determinado, com o fim de: a) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil; b) prestar a assistência direta necessária e adequada para retirar as crianças das piores formas de trabalho infantil e



assegurar sua reabilitação e inserção social; c) assegurar o acesso ao ensino básico gratuito e, quando for possível e adequado, à formação profissional a todas as crianças que tenham sido retiradas das piores formas de trabalho infantil; d) identificar as crianças que estejam particularmente expostas a riscos e entrar em contato direto com elas; e, e) levar em consideração a situação particular das meninas.”

A referida constatação é reforçada ao analisarmos a Recomendação 180 da OIT, complementares da Convenção 182. Com efeito, são programas de ação para eliminação do trabalho infantil, dentre outros, “impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil ou retirá-las dessas formas de trabalho, protegê-las de represálias e garantir sua reabilitação e inserção social através de medidas que atendam a suas necessidades educacionais, físicas e psicológicas” (art. I, n. 1, ‘b’).

De outro lado, ao referir-se à criminalização de condutas, a normativa internacional afirma que os membros do pacto devem estipular penas para as hipóteses de “utilização, recrutamento ou oferta de criança para a realização de atividades ilícitas, em particular para a produção e tráfico de entorpecentes, tais com definidos nos tratados internacionais pertinentes, ou para a realização de atividades que impliquem o porte ou o uso ilegais de armas de fogo ou outras armas” (art. III, n. 12, ‘c’), tudo a reforçar que o sancionamento deve ser dirigido aos imputáveis que exploram a força de trabalho de crianças e adolescentes para prática dessas atividades criminosas e não sobre essas, dignas exclusivas de medidas de proteção, destinadas a garantir sua reabilitação e inserção social.

Observa-se, ademais, que tanto a Convenção como a Recomendação encerram norma de proteção aos direitos humanos de crianças, cujo direito ao crescimento e desenvolvimento saudável é gravemente comprometido quando inseridas no contexto do trabalho infantil. Assim, ao menos status supralegal é de se conferir à normativa internacional (conforme decidido no RExt 466.343, Gilmar Mendes), de modo que estão bloqueados os efeitos de qualquer legislação que pretenda/autorize o sancionamento de crianças pela prática de fatos definidos como pior forma de trabalho infantil, afinal essa solução apenas é admitida/imposta para o sujeito que recruta a mão-de-obra.



Com efeito, uma interpretação desavisada da legislação infanto-juvenil pode concluir que a privação de liberdade desses sujeitos especiais de direito irá retirá-los do ambiente pernicioso em que se encontram, afinal permanecerão privados de liberdade em centros de detenção juvenil, e ali não mais serão alvo das organizações criminosas que exploram sua força de trabalho. Ademais, em tese, nesses centros de privação de liberdade participarão de atividades educativas e profissionalizantes, de lazer e culturais, de maneira que estar-se-ia promovendo sua reinserção social (art 123, parágrafo único, e art. 124, XI, XII).

Conforme salientado pela Corte Interamericana de direitos humanos no julgamento do Caso HERZOC e outros Vs. Brasil, a Corte tem competência para examinar e se pronunciar sobre possíveis violações de direitos humanos. Os crimes contra a humanidade são um dos delitos reconhecidos pelo Direito Internacional, juntamente com os crimes de guerra, o genocídio, a **escravidão** e o crime de agressão. Isso significa que seu conteúdo, sua natureza e as condições de sua responsabilidade são estabelecidos pelo Direito Internacional, independentemente do que se possa estabelecer no direito interno dos Estados. A característica fundamental de um delito de Direito Internacional é que ameaça à paz e a segurança da humanidade porque choca a consciência da humanidade. Tratam-se de crimes de Estado planejados e que fazem parte de uma estratégia ou política manifesta contra uma população ou grupo de pessoas. Aqueles que os cometem, tipicamente, devem ser agentes estatais encarregados do cumprimento dessa política ou plano, que participam de atos de assassinato, tortura, estupro e outros atos repudiáveis contra civis, de maneira sistemática ou generalizada. 223. A Corte observa que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional cristalizou a definição dessa figura jurídica ao dispor, em seu artigo 7, que se entenderá por “crime contra a humanidade” qualquer dos atos detalhados nesse artigo¹⁷⁴ quando se cometa como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque. Por outro lado, a Corte observa que a Comissão de Direito Internacional e outros tribunais internacionais e nacionais estabeleceram os elementos dos crimes contra a humanidade de maneira similar ao Estatuto de Roma. (...)” Corte IDH. *Caso Herzog e outros Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de março de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.



Ocorre que, mesmo abstraída a discrepância entre a lei e realidade, diante da calamitosa situação experimentada pelo sistema socioeducativo nacional, a referida interpretação confere caráter exageradamente protetivo às medidas socioeducativas, transformando sua natureza de autênticas sanções penais juvenis, de sorte que deve ser veementemente rechaçada.

A questão igualmente pode ser analisada sob o prisma da tipicidade penal. Com efeito, pressuposto da aplicação de medidas socioeducativas é a prática de um ato infracional, assim definido como conduta praticada pelo adolescente que corresponda a crime ou contravenção.

A conduta típica é aquela que reúne todos (ou parte no caso de delitos tentados) os elementos de determinada norma incriminadora. Entretanto, no caso em exame depara-se com verdadeira contradição, uma vez que, à primeira vista, o comportamento do adolescente é, a um só tempo, definido como uma das piores formas de exploração do trabalho infantil, e também como delituoso. O adolescente, se admitida a tipicidade da conduta, ostentaria a dupla e paradoxal condição de vítima e autor de ato infracional.

Não pode ser reconhecido como típico o comportamento de adolescente autor de ato infracional análogo a tráfico praticado no contexto de exploração de trabalho infantil, sob pena de o mesmo ostentar características completamente antagônicas, e se houver tipicidade ao menos a culpabilidade deve ser afastada em razão da falta de políticas públicas no sentido da proteção desses adolescentes contra uma das piores formas de trabalho infantil, de acordo com a Convenção 182 da OIT, ratificada pelo Brasil.

No presente caso, o fato de o adolescente já ter passado pelo Sistema Socioeducativo, ao invés de lhe ensejar maior reprovabilidade, configura o expressivo reconhecimento da ineficiência estatal, que não soube lidar de forma adequada às necessidades do adolescente. Ainda assim, se pretende transmitir a responsabilidade pela prática dos atos ao adolescente?



De acordo com o Relatório Social (pasta eletrônica 173/174) **“Sobre o ato praticado que gerou sua primeira apreensão, a evasão do CRIAAD e seu retorno pelo mesmo ato, diz que foi influenciado por amigos.”** e de acordo com a sua FAI (pasta eletrônica 062) a passagem anterior também foi por ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas.

Além disso, reafirma-se a incapacidade estatal de lhe prestar auxílio e reflete que o contingenciamento de adolescentes em unidade do sistema socioeducativo não constitui a solução para as mazelas sociais.

A busca de uma real solução, comprometida com o social e pautada em valores constitucionais, mostra-se mais valiosa do que a simples aplicação de uma das medidas socioeducativas, que verdadeiramente não promove a proteção integral dos direitos dos infantes, nem alcança a isonomia que se pretende, ou seja, o alicerce do próprio Estado Democrático de Direito.

Assim fosse, o adolescente não teria sido apreendido novamente, não teria permanecido sujeito a influências negativas, que comprometem o seu futuro.

Neste viés, não se deve fechar os olhos perante a responsabilidade do Estado e da sociedade em dar efetividade aos comandos normativos inerentes à proteção integral de crianças e adolescentes, impedindo que os indivíduos em desenvolvimento sejam vitimizados pelo sistema estatal que se apresenta inoperante e possibilita para que inúmeros jovens sejam corrompidos e explorados pelo nefasto comércio de drogas em nosso país.

Dessa forma, constata-se afronta ao princípio da culpabilidade que pode ser definido como a necessidade de culpa do agente para que este cometa de fato e por ele possa vir a ser punido, tendo em vista a co-culpabilidade do Estado que permite que adolescentes abandonados à própria sorte, indivíduos aos quais, foram negados os direitos mais fundamentais, como saúde, educação sejam vítimas uma das piores formas de trabalho infantil segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), e por tal razão merece ser julgada improcedente a



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
7ª Câmara Criminal

representação pelo ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, não subsistindo em razão da sua acessoriedade, o porte de arma de fogo referente ao revólver calibre .38, destacando-se outrossim, que o laudo pericial respectivo somente foi juntado aos autos após apresentação das alegações finais pelo Ministério Público e Defesa, impossibilitando o exercício do contraditório, e ainda, restando, prejudicado o pleito ministerial de aplicação da medida socioeducativa de internação.

Por derradeiro, considerando a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho infantil em atividades ilícitas, sendo o mesmo legalmente incumbido de promover a defesa dos direitos e interesses da criança e do adolescente utilizados e recrutados para exercerem atividades relacionadas à produção e ao tráfico de drogas, desenvolvido através da Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente – COORDINFÂNCIA/MPT, e ainda a atuação do Instituto Igarapé na realização de pesquisa sobre a temática, e articulação/formulação de novas políticas públicas objetivando contribuir para o melhor tratamento da questão das crianças/adolescentes envolvidas no narcotráfico, impende que sejam extraídas peças dos presentes autos e encaminhadas aos referidos órgãos para adoção das providências cabíveis.

Por todo o exposto, dirijo meu voto no sentido conhecer e dar provimento ao apelo defensivo no sentido de reformar a sentença monocrática e julgar improcedente a representação pelo ato infracional análogo ao delito previsto no artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06, determinando-se a imediata colocação do representado em liberdade, oficiando-se para a sua liberação, salvo se por outro motivo, estiver apreendido.

Rio de Janeiro,

Desembargador **SIRO DARLAN DE OLIVEIRA**
Relator