

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Dionatan Seriolli

VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA PARA CRIANÇA E
ADOLESCENTE: CRIME OU CONTRAVENÇÃO

PASSO FUNDO
2012

Dionatan Seriolli

VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA PARA CRIANÇA E
ADOLESCENTE: CRIME OU CONTRAVENÇÃO

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Dra. Elenise Felzke Schonardie.

PASSO FUNDO
2012

“...Se você é capaz de tremer de indignação a cada vez que se comete
uma injustiça no mundo, então somos companheiros...”

Ernesto Che Guevara

RESUMO

A presente Monografia Jurídica constitui-se na análise jurídica acerca da tipicidade da conduta de vender bebida alcoólica para crianças e adolescentes no Brasil. A Doutrina da Proteção Integral é um marco relevante de conquista de direitos das crianças e adolescentes, constituindo uma mudança de paradigma no trato a esses sujeitos em desenvolvimento. A bebida alcoólica é uma substância cujos componentes causam dependência física ou psíquica e sua relação com crianças e adolescentes vem desde os primórdios da sociedade. Foram comparados, em virtude do aparente conflito entre normas, os tipos penais do art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 63, inc. I, da Lei das Contravenções Penais, constatando-se que a norma do ECA não revogou a norma contravencional de forma expressa nem tácita, restando as duas ainda em plena vigência. Para dirimir o conflito, utilizou-se o princípio penal da legalidade e o princípio penal da especialidade, os quais apontam a norma contravencional como a única aplicável ao caso concreto, em virtude desta ser mais clara e ser aquela que garante a segurança jurídica necessária ao cidadão diante da pretensão punitiva do ente estatal, o qual, caso contrário, agiria de forma arbitrária e por mero descaso.

Palavras-chave: Conflito aparente de normas penais; Princípio penal da legalidade; Proteção Integral; Substância que causa dependência; Vender bebida alcoólica.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	8
2.1 Histórico do Direito da criança e do adolescente no Brasil.....	8
2.2 O princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.....	16
2.3 Sistemática de garantias das crianças e adolescentes, os Conselhos Tutelares e as garantias processuais no ECA.....	21
3. A VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES..	27
3.1 O álcool como substância que causa dependência física ou psíquica e sua relação com crianças e adolescentes.....	27
3.2 Análise da tipicidade penal do art. 243 do ECA e sua relação com o art. 63 da Lei das Contravenções Penais.....	34
4. CONFLITO APARENTE ENTRE NORMAS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	45
4.1 Conflito aparente de normas penais.....	45
4.2 Princípios incidentes no conflito aparente de normas penais.....	48
4.2.1 O princípio penal da especialidade.....	48
4.2.2 O princípio penal da subsidiariedade.....	50
4.2.3 O princípio penal da consunção ou da absorção.....	52
4.2.4 O princípio penal da alternatividade.....	55
4.3 O princípio penal da Legalidade.....	55
4.4 O art. 243 do ECA: norma penal em branco ou tipo penal aberto.....	58
5. CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia jurídica tem por objetivo analisar a problemática da tipificação da conduta de vender bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes, que aparentemente pode ser tipificada na conduta descrita no art. 243 do ECA e, ao mesmo tempo, no art. 63, inc. I, da Lei de Contravenções Penais.

Como ponto de partida, o presente trabalho terá uma breve apreciação da evolução do direito da criança e do adolescente no Brasil, assim como uma breve apreciação da sistemática de garantias das crianças e dos adolescentes e dos Conselhos Tutelares.

Para tanto, será estudado o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, também denominada de Doutrina da Proteção Integral, a qual é de fundamental importância na avaliação da relevância que ocupa a criança e o adolescente na atual fase do ordenamento jurídico pátrio, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988.

Para solucionar tal conflito entre os tipos penais, imprescindível é a verificação do álcool como substância que possa causar ou não dependência física ou psíquica, assim como a relação desta substância com crianças e adolescentes.

Seguir-se-á no estudo com o exame da tipicidade penal do art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente e a relação conflituosa deste com o art. 63, inc. I, da Lei das Contravenções Penais.

Em virtude do conflito aparente entre essas normas penais, serão objeto de apreço os princípios incidentes no conflito de leis penais, uma vez que sua função será afastar as normas não incidentes e apontar qual a norma penal que realmente regula o caso em concreto.

Do mesmo modo, será analisado o princípio penal da legalidade, o qual constitui uma efetiva limitação do poder punitivo estatal, além de ser uma grande ferramenta de segurança jurídica para o cidadão.

Com este estudo buscar-se-á uma uniformização nos procedimentos dos órgãos da persecução criminal, os quais, em virtude do conflito aparente entre normas, podem adotar procedimentos diversos para a mesma situação fática.

A justificativa para a escolha desse tema surgiu com o enfrentamento dessas divergências para casos em concreto, relativamente parecidos, nos quais são tomados diferentes procedimentos em virtude de diferentes interpretações nos órgãos da persecução

criminal. Divergência esta que pode embaraçar a proteção e a assistência integral asseguradas às crianças e adolescentes pelo ordenamento jurídico pátrio.

O problema jurídico em torno da venda de bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes enseja a seguinte questão: Como pode ser entendida a venda de bebida alcoólica para criança ou adolescente no campo do Direito Penal, frente ao entendimento de que a bebida alcoólica também possui componentes que podem causar dependência e frente ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente?

Na sequência do trabalho será respondido tal questionamento, apontando-se qual o melhor caminho a ser seguido, sempre respeitando os princípios do direito penal e observando a Doutrina da Proteção Integral.

Para o desenvolvimento do trabalho e resolução do problema utilizou-se o método de procedimento bibliográfico, a partir de uma análise da doutrina e periódicos publicados. Por sua vez, como método de abordagem optou-se pelo hermenêutico e comparativo para interpretar e compreender a comunicação entre os textos e os sentidos por eles revelados.

2 A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO

No ano de 1990 entrou em vigor no Brasil a Lei 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual vai ao encontro do que prescrevia a Constituição Federal no que se refere ao tratamento de crianças e adolescentes, estabelecendo um novo paradigma, onde estes deixam de ser objetos do direito e passam a ser sujeitos de direitos, cuja situação peculiar de pessoas em desenvolvimento faz com que devam receber um cuidado diferenciado em relação aos demais por parte do Estado, família e sociedade.

Nesse primeiro capítulo será dado enfoque à análise do histórico da legislação pertinente à criança e ao adolescente no Brasil, apontando os marcos mais importantes a eles relacionados no nosso ordenamento; assim como será explicitada a Doutrina da Proteção Integral (ou Doutrina da Prioridade Absoluta), delimitando-a, apontando seus principais objetivos e demonstrando quais os eixos centrais que visam dar maior efetividade a essa doutrina; e por fim, buscaremos analisar a sistemática de garantias das crianças e adolescentes, delimitar e definir o campo de atuação e em quais situações os Conselhos Tutelares serão acionados, assim como balizar as garantias processuais expressas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.1 Histórico do direito da criança e do adolescente no Brasil

O objetivo, nesse primeiro momento, não será de levantar exaustivamente todas as entidades, serviços e instituições, ou analisar minuciosamente toda a legislação pertinente ao trato à criança e ao adolescente desde o período colonial até o presente momento, mas sim de delinear um cenário capaz de identificar as diversas posturas que organizaram as práticas legais e institucionais com relação à infância no Brasil.

Durante o Período Colonial¹, conforme refere Daniele Comin Martins, a partir desse momento citada pela referência do seu sobrenome,

[...] assumindo o modelo português no trato à criança, nosso país adotou a Roda dos Expostos como prática de institucionalização, ligada ao que posteriormente se nomearia como problema do abandono. (2009, p. 29).

Como explica Martins (2009), esse dispositivo, de origem européia, era composto por um cilindro, fechado por um dos lados, o qual girava em torno de um eixo e ficava incrustado nos muros dos conventos, com uma campainha a ser acionada quando uma criança era colocada na roda e esta era girada, de modo que o “doador” do recém-nascido não fosse visto. A população carente era assistida pela Igreja Católica, a qual acolhia tanto doentes quanto órfãos e desprovidos nas chamadas Santas Casas de Misericórdia.

Até o final do século XX, não se tem registro do desenvolvimento de políticas sociais voltadas à criança e ao adolescente, com exceções do Regulamento da Instrução Primária e Secundária no Município da Corte, decreto 1.331A, de 1854, e do decreto n. 1.313 de 1891, que visava à proteção do trabalho infantil.

Com relação à primeira norma, apesar de tornar obrigatório o ensino primário, nela mesma já existiam regras discriminadoras, tornando-a ineficaz para algumas camadas da sociedade. Esse decreto proibia, por exemplo, que tivessem acesso à educação uma série de pessoas em virtude de doenças, falta de vacinação ou das crianças serem oriundas de famílias de escravos. Nesse sentido, Gisella Werneck Lorenzi menciona que

O ensino obrigatório foi regulamentado no Brasil no ano de 1854. No entanto, a lei não se aplicava universalmente, já que ao escravo não havia esta garantia. O acesso era negado também àqueles que padecessem de moléstias contagiosas e aos que não tivessem sido vacinados. Estas restrições atingiam as crianças vindas de famílias que não tinham pleno acesso ao sistema de saúde, o que faz pensar sobre a influência da acessibilidade e qualidade de uma política social sobre a outra ou como vemos aqui, de como a não cobertura da saúde restringiu o acesso das crianças à escola, propiciando uma dupla exclusão aos direitos sociais. (2007, p. 12).

¹ Período em que o território brasileiro era uma colônia do império ultramarino português. Foi marcado pelo início do povoamento, no fim do período pré-colonial brasileiro, em 1530, se estendendo até a sua elevação a reino unido com Portugal, em 1815.

Já no que diz respeito ao segundo regulamento, que visava o estabelecimento da idade mínima para o trabalho e normas especiais para os maiores de 12 e menores de 18 anos, a mesma autora diz que

Com relação à regulamentação do trabalho, houve um decreto em 1891 - Decreto nº 1.313 – que estipulava em 12 anos a idade mínima para se trabalhar [...] no entanto, tal determinação não se fazia valer na prática, pois as indústrias nascentes e a agricultura contavam com a mão de obra infantil. (LORENZI, 2007, p. 12).

No período inicial da República, o legislador era cobrado a elaborar normas capazes de estabelecer regras aos menores que não se adequassem ao padrão exigido pela sociedade de então, um indivíduo trabalhador e sujeito às normas jurídicas. Assim, segundo Ivana Martine de Andrade e Silva

[...] a necessidade de um código de menores é fundamentada na visão determinista dos legisladores, advogados, psicólogos e no meio social em geral, de que a criminalidade é algo inerente ao ser, como algo hereditário. (1991, p.73).

A referida autora ainda acena que a necessidade de um código para menores não se dava somente pelo fato de não ter nenhuma lei específica para crianças e adolescentes, mas também pela mentalidade da época de que a criminalidade tinha origem na menoridade abandonada (Andrade e Silva, 1991).

Como bem lembra Martins (2009), até a positivação do Código de Menores de 1927, a criança e o adolescente eram tratados pela legislação, nos casos de delinquência, ou até mesmo em caso de abandono, como criminosos comuns.

Benedito Rodrigues dos Santos, *apud* Maria da Glória Ghon, é muito ilustrativo para caracterizar com precisão o início do século XX

[...] já na virada deste século, a questão da infância no Brasil era entendida como problema social grave e estudada no conjunto dos problemas sociais gerados com o advento da República (abolição dos escravos, imigração de mão-de-obra européia etc.); nas crônicas dos jornais e em estudos onde já se denunciava a presença de um contingente significativo de crianças na rua. O reflexo dessa preocupação estava

também na legislação, pois até o Código Penal de 1891 trazia regras de inimputabilidade penal de acordo com várias faixas etárias. (1997, p.113).

Enfim, com vistas a satisfazer esse anseio, em 1927, foi promulgado o primeiro Código de Menores, popularmente conhecido como Código Mello Mattos, em virtude da anterior criação do Juizado de Menores no ano de 1923, no qual este foi o primeiro juiz.

O referido código se limitava a regular apenas os menores considerados em *situação irregular*, regulamentando questões como tutela, abandono em instituições religiosas, pátrio poder, delinqüência, trabalho infantil e liberdade vigiada (Lorenzi, 2007).

Analisando o art. 1º do Decreto 17.943A de 1927² (Código de Menores), constata-se que a lei se aplicava ao menor na condição de abandonado ou delinqüente e que, estando com menos de 18 anos de idade, seria submetido às medidas de assistência e proteção contidas no referido Código de Menores.

Em sua análise, Martins (2009) faz referência a que o Código de Menores de 1927 desenhou uma política assistencialista de responsabilidade do Estado, em que o Poder Judiciário tornou-se ente hegemônico no trato de questões sociais referentes à criança e ao adolescente, de modo a garantir o controle social do Estado. Inclusive, revestindo a figura do juiz de grande poder, com o destino de muitas crianças a mercê do julgamento e da ética do magistrado.

O Código de 1927 representou uma abertura expressiva no trato a crianças e adolescentes, entretanto

O mesmo criou mecanismos disciplinares de controle da categoria institucional menor, ignorando as diversidades que ela abrangia: expostos, abandonados, crianças infratoras etc., o que gerou o estigma dessa categoria, uma vez que as instituições eram responsáveis, por uma trajetória jurídica e institucional que, quase inevitavelmente, levava o menor à condição de presidiário. (MARTINS, 2009, p. 32).

² O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código. (grafia original).

Durante o Período do Estado Novo³, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), órgão ligado ao Ministério da Justiça, o qual funcionava como uma espécie de sistema penitenciário para menores. O adolescente autor de ato infracional era encaminhado a internatos, reformatórios e casas de correção, enquanto que o menor carente e o menor abandonado eram conduzidos a patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos. Assim, tal instituição

Tratava-se de um órgão do Ministério da Justiça e que funcionava como um equivalente do Sistema Penitenciário para a população menor de idade. Sua orientação era correccional-repressiva. O sistema previa atendimento diferente para o adolescente autor de ato infracional e para o menor carente e abandonado. (LORENZI, 2007, p. 14).

O Golpe Militar de 1964, como afirma Lorenzi (2007), seguindo a linha das restrições às liberdades de expressão e opinião, aos recuos nos campos dos direitos sociais e à criação dos Atos Institucionais, foi marcado pelo surgimento de duas legislações significativas e correspondentes às visões ideológicas vigentes até então: a lei que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, denominada de Funabem (Lei 4.513 de 01/12/1964), e o Código de Menores de 1979 (Lei 6.697 de 10/10/79).

Ao analisar o campo de atuação da Funabem (que passou a se denominar posteriormente Febem), Martins conclui que

Regida pela ideologia da Segurança Nacional, o campo de trabalho da Funabem era junto a uma parcela de menores ligados ao processo de marginalização. Sua atuação voltava-se ao afastamento da criança do meio em que vivia, classificado como “à margem da lei e dos bons costumes”, ou seja, a criança era retirada da família, a quem atribuía-se à responsabilidade pela situação em que o menor se encontrava. (2009, p. 33).

³ Denomina-se Estado Novo o período em que Getúlio Vargas governou o Brasil de 1937 a 1945. No campo político, foi marcado por um governo ditatorial.

Já o Código de Menores de 1979 não rompeu com a ideologia do antigo código de 1927, mantendo sua linha principal de arbitrariedade, assistencialismo e repressão junto à população infanto-juvenil

Esta lei introduziu o conceito de "menor em situação irregular", que reunia o conjunto de meninos e meninas que estavam dentro do que alguns autores denominam infância em "perigo" e infância "perigosa". Esta população era colocada como objeto potencial da administração da Justiça de Menores. (LORENZI, 2007, p. 15).

Corroborando com o exposto, Martins afirma que

Em aspectos gerais, pode-se dizer que o Código de Menores de 1979, baseando-se na mesma linha filantrópica e assistencialista das legislações anteriores, tentou manter afastados da sociedade os problemas relacionados com a infância e adolescência. (2009, p. 34).

Segundo Marília Cecília de Souza Minayo (2006), o Código de Menores de 1979 possuía normas voltadas para crianças e adolescentes infratores ou dispositivos de conteúdo assistencialista, destinados a quem tinha problemas em relação ao amparo social ou eram economicamente desprovidos. A teoria que predominava nessa legislação (ao contrário da Teoria da Proteção Integral) poderia ser resumida da seguinte forma

[...] (a) sua incidência era limitada às situações de patologia social; (b) havia ausência de rigor procedimental, com desprezo até mesmo das garantias relacionadas ao princípio do contraditório; (c) era elevado o grau de discricionariedade da autoridade judiciária. Suas características provinham da ideia de que o mundo adulto era suficientemente bom para as crianças e adolescentes e que os adultos sabiam o que seria melhor para eles. Dessa forma, a prevenção limitava-se a disciplinar as medidas de vigilância. (2006, p. 16).

As unidades da Febem eram classificadas em dois tipos, assim qualificadas por Martins (2009): assistencialistas, para crianças carentes e abandonadas, e repressoras, para crianças infratoras. Nas primeiras aplicava-se a “disciplina em nome da ordem”, enquanto que nas unidades repressoras era aplicada a “disciplina em nome da segurança”. Ressalta a autora que,

notoriamente, a realidade por trás dos muros dessas instituições jamais correspondeu às expectativas de reeducação ou responsabilização, na realidade os muros serviam para que a sociedade escondesse parcela significativa de crianças e adolescentes em dita situação irregular (art. 2º do Código de Menores de 1979), nome utilizado para denominar os excluídos da época pela sociedade.

A partir de meados da década de 70 e com grande relevância para o Direito da Criança e do Adolescente, começou a surgir na sociedade civil, em particular por parte de alguns pesquisadores acadêmicos, o interesse em se estudar a população em situação de risco, em especial as crianças de rua e o chamado delinquente juvenil, já que

A importância destes trabalhos nos dias de hoje é grande pelo ineditismo e pioneirismo do tema. Trazer a problemática da infância e adolescência para dentro dos muros da universidade, em plena ditadura militar, apresentou-se como uma forma de colocar em discussão políticas públicas e direitos humanos. (LORENZI, 2007, p. 15).

Assim, segundo Gohn (1997), movimentos não governamentais passaram a denunciar o tratamento brutal que o Estado dava às crianças, a total falência das entidades de internação e os extermínios de crianças e adolescentes que ocorriam.

No ano de 1959, o Estado Brasileiro ratificou a Declaração dos Direitos das Crianças e, em 1988, promulgou a Constituição Federal, conhecida como a Constituição Cidadã, a qual, segundo Jacqueline Paulino Lopes

[...] introduziu no ordenamento jurídico o compromisso firmado neste tratado, instituindo os princípios da prevalência absoluta dos interesses dos menores, da proteção integral, da cooperação, da brevidade, da excepcionalidade e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. (2010, p. 73).

Assim, em virtude do surgimento de novos paradigmas, tornou-se imprescindível que fosse realizada a modificação na legislação com relação a crianças e adolescentes de maneira célere e prioritária, garantindo pleno desenvolvimento dos menores. Tal modificação ocorreu com a sanção da Lei 8.069/90, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA),

no dia 13 de julho de 1990, o qual passou a vigorar a partir do dia 12 de outubro do mesmo ano. Dessa maneira

Baseado nos princípios da cidadania, do bem comum e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o “ECA” positivou inúmeras medidas inovadoras baseadas na Política de Proteção Integral à criança e ao adolescente. No âmbito das instituições, houve a gradativa extinção dos internatos. Elevados à condição de sujeitos de direitos, criança e adolescente receberam inúmeros novos direitos - bem como deveres – que passaram a garantir-lhes um tratamento diferenciado daquele dado até então. (MARTINS, 2009, p. 35).

Tal diploma legal teve fomento através da formulação dos novos paradigmas estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, entre esses novos paradigmas, conforme menciona Martins (2009), se destacam: a) elevação de crianças e adolescentes ao patamar de sujeitos jurídicos, onde estes deixaram de ser meros destinatários das ordens de adultos, aumentando o rol de seus direitos e atribuindo-lhes garantias plenas nas relações processuais, garantindo que esses seres em desenvolvimento gozam de todos os direitos inerentes à pessoa humana; b) consagração da doutrina da Proteção Integral, onde se passou a vislumbrar que, em virtude das novas disposições da lei maior do país, fosse dada prioridade absoluta para a criança e o adolescente, com preferência a suas causas em qualquer política social pública, atribuindo a proteção de seus direitos tanto ao Estado quanto igualmente à família e à sociedade civil.

Uma das grandes modificações feitas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente foi a limitação do poder de interferência do Estado em relação à criança e aos adolescentes, respeitando o que há de mais avançado no que diz respeito ao trato com esses indivíduos em desenvolvimento.

Este novo documento altera significativamente as possibilidades de uma intervenção arbitrária do Estado na vida de crianças e jovens. Como exemplo disto pode-se citar a restrição que o ECA impõe à medida de internação, aplicando-a como último recurso, restrito aos casos de cometimento de ato infracional. (LORENZI, 2007, p. 16).

Como lembra Martins (2009), o Estatuto da Criança e do Adolescente positivou inúmeras medidas inovadoras baseadas na Política da Proteção Integral à criança e ao adolescente, inclusive com a gradativa extinção dos internatos. Ao serem elevados à condição de sujeito de direitos, a criança e o adolescente receberam novos direitos (assim como deveres), que passaram a garantir-lhes tratamento diferenciado do recebido até então.

2.2 O Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente na Constituição Federal de 1988 e na Lei 8.069/90

A Constituição Federal claramente estabeleceu que a proteção integral assegurada por ela à criança e ao adolescente é responsabilidade de toda a sociedade brasileira, a qual deverá estar empenhada em garantir efetivação dessa proteção, criando instrumentos capazes de garantir o melhor interesse (físico, mental, moral, espiritual e social) desses sujeitos em desenvolvimento. Em seu art. 227, caput⁴, a Magna Carta constitui uma relação de solidariedade entre família, sociedade e Estado no que se refere à absoluta proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Verifica-se que a redação da Carta Magna visa não apenas proteger a pessoa da criança e do adolescente, mas garantir que todos esses indivíduos não tenham seus direitos violados, ou seja, o Estado em conjunto com a sociedade deverá criar uma política pública de proteção dos direitos da criança e do adolescente garantindo a ampla defesa de seus interesses, já que

A criança é uma pessoa em condição peculiar, isto é, em condição especial, particular, diferente, de desenvolvimento. Ela é completa, pronta, acabada enquanto criança, enquanto adolescente, enquanto jovem (condição peculiar), mas, em relação ao adulto, está em desenvolvimento (LIBERATI e CYRINO, 2003, p. 169).

Analisando o texto constitucional no que se refere à prioridade no trato às crianças e aos adolescentes, além destes como sujeitos de direitos e deveres, João Batista Costa Saraiva comenta que

⁴ 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.

Definem-se os direitos das crianças, estabelecendo-se que, no caso de algum destes direitos vier a ser ameaçado ou violado, é dever da família, da sociedade, de sua comunidade e do Estado restabelecer o exercício do direito atingido, através de mecanismos e procedimentos efetivos e eficazes, tanto administrativos quanto judiciais, se for o caso. (2005, p. 67).

Este conjunto normativo de proteção à criança e ao adolescente, segundo Saraiva (2005), revogou a antiga concepção tutelar, trazendo a criança e o adolescente para uma condição de sujeitos de direitos, titulares de obrigações e de direitos próprios da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, dando um novo panorama ao funcionamento da Justiça da Criança e Juventude, abandonando o conceito de menor.

Como foi dito anteriormente e como afirma Martins (2009), através da inovação constitucional de 1988, a criança e o adolescente deixaram de ser destinatário das ordens dos adultos, passando ao patamar de sujeitos jurídicos, não só aumentando o rol de direitos assegurados, mas também lhes atribuindo garantias plenas nas relações processuais, como todas as prerrogativas e direitos antes pertencentes somente aos adultos.

Essa primazia da criança e do adolescente em receber proteção em qualquer circunstância, preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas, elevação ao patamar de sujeitos de direitos recebeu por parte da doutrina a denominação de Doutrina da Proteção Integral.

Buscando delimitar e melhor avaliar tal doutrina, Minayo (2006) assim a definiu

A teoria da proteção integral parte da compreensão de que as normas que cuidam de crianças e de adolescentes devem concebê-los como cidadãos plenos, porém sujeitos à proteção prioritária, tendo em vista que são pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral. Não devem, de maneira nenhuma, ser vistos como cidadãos latentes e potenciais. Sua cidadania é plena, sendo-lhes conferidos todos os direitos, inclusive o de participação política, quando se faculta, por exemplo, o voto ao adolescente de 16 anos, ou quando o artigo 53 do ECA estimula a participação de crianças e adolescentes na política estudantil, com vistas à crítica dos currículos e da organização escolar. (2006, p. 15).

Ilustrando o que vem a ser a Doutrina da Proteção Integral, Antônio Fernando Amaral e Silva baseia-se na seguinte concepção

[...] criança e adolescentes são sujeitos de direitos universalmente reconhecidos, não apenas de direitos comuns aos adultos, mas, além desses, de direitos especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que devem ser assegurados pela família, Estado e sociedade. (*apud* MARTINS, 2009, p. 48).

Retratando a Doutrina da Proteção Integral, Saraiva (2005) aponta que, contrapondo-se ao tratamento que historicamente foi reservado para crianças e adolescentes, que reforçavam a exclusão social, essa doutrina apresenta um novo conceito, metodológico e jurídico, que permite compreender e permite abordar as questões relativas a essas pessoas em desenvolvimento sob o prisma dos direitos humanos, proporcionando-lhes a dignidade e o respeito que são merecedores.

Nesse mesmo sentido, ao analisar o campo de aplicação dessa Política de Proteção Integral da Criança e do Adolescente e o que essa doutrina preconiza, Amaral e Silva aponta que

[...] este direito especializado não deve se dirigir apenas a um tipo de jovem, mas sim a toda a juventude e a toda a infância, e suas normas de caráter geral devem ser aplicáveis a todos. Como medida de proteção deve abranger os direitos essenciais que fundamentam a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros documentos emanados das Nações Unidas. (*apud* MARTINS, 2009, p. 48).

Foi na corrente protecionista da Constituição Federal que foi promulgada a Lei nº 8.069/90, conhecida pelo nome de Estatuto da Criança e do Adolescente. Tendo, no seu artigo 3^o, uma das normas centrais que deixa clara a evolução no trato às crianças e aos adolescentes no que tange a positivação da Doutrina da Proteção Integral, deixando para trás a Doutrina da Situação Irregular.

Analisando o referido texto normativo, no que diz respeito à abordagem a crianças e adolescentes, estes não são mais tratados como objeto do direito, mas sujeito de direitos (ao contrário do antigo Código para Menores) e, seguindo a linha de pensamento no que se refere

⁵ Art. 3. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

à proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, Fernando Martins Zaupa se posiciona, dizendo que

Encontra-se clarividente na letra da lei serem as crianças e adolescentes titulares de direitos e, no caso, merecedores de atenção quanto a peculiaridade de serem pessoas em desenvolvimento, devendo receber dos pais, sociedade e poder público, respeito e dignidade, além de proteção integral. (2009, p. 2).

Para Saraiva (2005), o ECA se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem qualquer distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se às mesmas obrigações compatíveis com sua condição de peculiar pessoa em desenvolvimento, rompendo definitivamente com a ideia de que seria uma justiça para pobres, como era vista pelos já referidos Juizados para Menores.

Dando continuidade ao tratamento peculiar às crianças e adolescentes, em função destes serem pessoas em desenvolvimento, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶ estabelece atribuições a diversos entes sociais, além de mencionar alguns dos direitos relacionados à criança e ao adolescente.

Comentando a prioridade absoluta recebida por crianças e adolescentes, prevista na Constituição Federal e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Tânia da Silva Pereira cita as garantias objetivadas como prioritárias pelo referido regulamento no trato a esses indivíduos

[...] primazia de receber proteção e socorro em qualquer circunstância; precedência no atendimento por serviço ou órgão público de qualquer Poder; preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos às áreas relacionadas com a infância e adolescência. (1996, p. 58).

⁶ Art. 4. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Acrescenta ainda Pereira (1996) que esta preferência a crianças e adolescentes deve ser refletida na elaboração de programas sociais e políticos, priorizando com incentivos, benefícios e verbas esta parcela da população.

E sobre essa atuação assistencial que excede o individualismo que anteriormente prevalecia, lançando propostas de caráter liberatório para crianças e adolescentes, mas em especial para todos que estão a eles ligados: família, escola e comunidade, é que Pereira diz que

[...] a família e a criança vivem na comunidade, no Município, e é neste grupo social que deverão ser reforçados os projetos, programas e iniciativas de proteção desta parcela considerável da população. (1996, p. 163).

No mesmo sentido, é que a municipalização do atendimento foi a principal evolução desse processo, ligando-se à ideia de que se deve buscar a solução dentro da própria comunidade com a participação de pessoas que fazem parte da mesma realidade no cotidiano. Assim,

O novo modelo substituiu tal verticalidade centralizadora pela horizontalidade, fundamentando-se na descentralização decisória gerencial, na articulação interinstitucional e na participação popular paritária na tomada de decisões, coordenação e controle das ações em todos os níveis. (MARTINS, 2009, p. 54 – 55).

Segundo Martins (2009), o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual além de positivar direitos materiais da infância e da juventude, estabeleceu novas formas de buscar a efetividade e concretização dos mesmos, não só colocando novas formas processuais e procedimentais para a sua defesa, mas também inserindo novas formas de articulações entre o Estado e a sociedade civil, visando um sistema amplo de viabilização, atendimento e garantia de direitos.

Esse sistema, que busca dar maior efetividade aos direitos de crianças e adolescentes, conforme Martins (2009), sustenta-se em três eixos fundamentais: 1) A Proteção Integral da Criança e do Adolescente, que significa o amparo completo não só da criança e do

adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua preservação desde a sua concepção, zelando pela assistência da saúde e bem-estar da família natural ou substituta da qual fará parte. Essa proteção absoluta também significa que toda a matéria passará a ficar subordinada aos dispositivos do Estatuto, como se deduz do art 267 do referido regramento jurídico, o qual prevê a revogação de todas as disposições anteriores ao ECA; 2) A vigilância, a qual se relaciona com o cumprimento do que o próprio ECA prevê, bem como pelo que determina a Constituição Federal sobre os direitos da criança e do adolescente, sendo este espaço de intervenção da sociedade civil; 3) A responsabilização pela omissão ao atendimento, atendimento ineficaz ou irregular ou violação dos direitos individuais ou coletivos, sendo os agentes principais desta diretriz as Secretarias de Segurança Pública, o Ministério Público, os Conselhos de Direitos da Infância e Adolescência, os Conselhos Tutelares e Centros de Defesa da Criança e do Adolescente e as Associações legalmente constituídas.

2.3 Sistemática de garantias das crianças e adolescentes, os Conselhos Tutelares e as garantias processuais no ECA

Como já visto, a partir dos anos 80 começaram a ocorrer pressões de movimentos sociais em defesa da infância. Apoiando-se no momento político da redemocratização e focando seus esforços na Assembléia Constituinte, esses movimentos marcaram uma das maiores conquistas para a infância e a juventude: a incorporação de uma nova visão na Carta Magna sobre os direitos das crianças e adolescentes, qual seja, a Doutrina da Proteção Integral da infância e juventude.

Essa nova ótica sobre os direitos contidos no Estatuto das Crianças e Adolescentes chega a fazer com que Valter Kenji Ishida (2009) os inclua no rol dos Novos Direitos⁷, entre os quais também está o direito do consumidor, o direito ambiental, os direitos do idoso, entre outros de igual relevo.

⁷ Os Novos Direitos objetivam assegurar a todos os direitos e as garantias antes não reconhecidas, dentro daquilo que for indispensável para a convivência social e necessária para uma sobrevivência com dignidade dentro da sociedade.

Após a incorporação de tal previsão constitucional, o ordenamento jurídico infraconstitucional não encontrava nenhuma correspondência com a Doutrina da Proteção Integral, tornando-se ultrapassado em relação a todos os direitos reconhecidos a crianças e adolescentes pela Constituição Federal. Desse modo, como afirma Martins (2009), tornou-se imprescindível que se realizassem modificações de maneira célere e prioritária na legislação ordinária sobre crianças e adolescentes.

Conforme Saraiva (2005), no Estatuto da Criança e do Adolescente encontram-se os fundamentos dos três grandes sistemas de garantias desses indivíduos: sistema primário, sistema secundário e sistema terciário, os quais estabelecem as diretrizes para uma política pública que prioriza as crianças e adolescentes, reconhecendo a sua condição de pessoas em processo de desenvolvimento.

São eles, como assim são descritos pelo próprio professor Saraiva (2005): a) sistema primário, o qual refere-se às políticas públicas de caráter universal, para o atendimento a toda a população infanto-juvenil brasileira sem qualquer distinções, sendo traduzidos pelos artigos 4º, 86 e 87 do ECA, os quais versam respectivamente sobre a Doutrina da Proteção Integral, a política de atendimento dos direitos e as linhas de ação das políticas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; b) sistema secundário, que possui uma natureza mais preventiva e abrange as medidas de proteção dirigidas a crianças e aos adolescentes em situação de risco pessoal ou social que sejam vítimas, cujos direitos fundamentais foram violados, especialmente traduzidos nos artigos 98 e 101 do ECA, os quais abordam respectivamente dentre quais circunstâncias que serão aplicadas as medidas de proteção à criança e ao adolescente e quais serão essas medidas que a autoridade competente poderá determinar. Note-se que essas medidas de proteção são aplicáveis às crianças e aos adolescentes vitimados; c) sistema terciário, em que trata das medidas sócio-educativas destinadas a crianças e adolescentes em conflito com a lei por terem cometido atos infracionais, ou seja, aqueles que passam de vitimados a vitimizadores, sendo observadas tais medidas especialmente nos artigos 103 e 112 do ECA, os quais tratam respectivamente do que se considera como ato infracional e em caso de verificação da prática de ato infracional, quais as medidas socioeducativas que a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente (nesse caso, a lei exclui as crianças como sujeito passivo da medida).

Esse tríplice sistema opera de modo harmônico, acionando-se gradualmente cada um deles de forma integrada, conforme o grau de lesividade do ato à criança ou ao adolescente. Mediante alguma falha no sistema primário de prevenção, conforme ensina Saraiva (2005), o sistema secundário é acionado para proteger a criança e o adolescente, por meio do Conselho Tutelar. Em caso de adolescente em conflito com a lei ou a este ser atribuído determinado fato caracterizado como ato infracional⁸, são determinadas as medidas socioeducativas do sistema terciário, através da intervenção da polícia, Ministério Público, Defensoria Pública e demais órgãos executores das medidas socioeducativas.

Em momento anterior, foi visto que a Constituição Federal, no seu art. 227, estabelece a corresponsabilidade entre família, Estado e sociedade na criação de mecanismos de proteção dos direitos da infância e da juventude. Também foi visto que a sociedade foi praticamente impossibilitada de participar da execução das políticas públicas durante o período do militarismo ditatorial. Ao se referir sobre esses assuntos, Liberati e Cyrino (2003) ensinam que

Essa explosão do direito de reunir-se e associar-se permitiu que a comunidade construísse um mecanismo de participação mais democrática, oposto ao direito anterior, que impedisse a violação dos direitos individuais da criança e do adolescente e garantisse um atendimento adequado e justo de suas necessidades. (2003, p. 137).

Assim, buscando regulamentar o previsto no artigo 227 da Constituição Federal, como assim doutrina Liberati e Cyrino (2003), o Estatuto da Criança e do Adolescente criou e deu vida ao Conselho Tutelar, a ele cabendo atender os casos em que há queixa de crimes, situação de vulnerabilidade ou violação dos direitos individuais de crianças e adolescentes, tendo esse órgão poderes explícitos para solicitar serviços e fiscalização de órgãos governamentais e não governamentais de atendimento à população infanto-juvenil. Caracterizando-se esse órgão, antes de qualquer coisa, por ser um espaço que protege e garante os direitos da criança e do adolescente, no âmbito municipal.

⁸ Ato infracional pode ser conceituado como toda conduta descrita como crime ou contravenção penal praticada por criança ou adolescente.

Os Conselhos Tutelares têm funções peculiares no que tange à proteção dos direitos das crianças e adolescentes, sendo um órgão criado especialmente para fiscalização das entidades de atendimento e defesa (Martins, 2009). Assim como,

O próprio Estatuto, em seu artigo 131, define Conselho Tutelar como um órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos jovens. (MARTINS, 2009, p. 64).

Analisando brevemente esses três pressupostos (órgão permanente, autônomo e não jurisdicional), Liberati e Cyrino (2003) dizem que: a) o Conselho Tutelar tem a característica de ser permanente porque desenvolve uma ação contínua e ininterrupta, não podendo sofrer a solução da continuidade, uma vez que não existem dia e hora certa para ocorrências que envolvam direitos das crianças e adolescentes se manifestarem; b) a autonomia do Conselho Tutelar está relacionada com a independência no exercício das suas atribuições que lhe foram confiadas pelo estatuto. Em matéria técnica de sua competência, o conselho delibera, toma decisões e age, aplicando as medidas cabíveis sem qualquer interferência externa; c) como órgão público, o Conselho Tutelar tem natureza administrativa e executiva, sendo ele vinculado ao Poder Executivo Municipal, não podendo ele exercer qualquer atribuição do poder Judiciário, como a apreciação e julgamento dos conflitos de interesses, contudo poderá ele encaminhar ao Ministério Público a notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal que lesione direitos de crianças e adolescentes.

O próprio artigo 131 do ECA⁹, além de dar a definição jurídica do Conselho Tutelar, em sua parte final, contempla sua finalidade e objetivo de ser um órgão designado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da infância e da juventude. Quanto a ser encarregado pela sociedade

Traduz a iniciativa da comunidade local de escolher alguém, com alguns requisitos e qualidades, para ser o executor das atribuições constitucionais e legais no âmbito da proteção à infância e à juventude. (LIBERATI e CYRINO, 2003, p. 128).

⁹ Art. 131. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.

Quanto às suas atribuições, o Conselho Tutelar exerce as referidas no art. 136 do ECA¹⁰ e também aquelas que visam articular a comunidade às ações governamentais, a fim de solucionar os problemas infanto-juvenis (Martins, 2009).

Inserindo a nova concepção de criança e adolescente, Liberati e Cyrino (2003) afirmam que o Conselho Tutelar surge como órgão escolhido pela comunidade para atender àquela parcela da população, não prestando diretamente os serviços, não assistindo diretamente às crianças e jovens e suas famílias, mas atendendo às queixas, às reclamações, às reivindicações, às solicitações feitas pelas crianças, adolescentes, suas famílias e pela população em geral. Portanto, o Conselho Tutelar

[...] não terá característica de “entidade de atendimento”, como forma de instituição ou estabelecimento. Será um espaço de garantia de todos os direitos assegurados às crianças, aos adolescentes e às suas famílias, quando exercerá a função de *escutar, orientar, aconselhar, encaminhar e fazer requisições de serviços*. (LIBERATI e CYRINO, 2003, p. 169).

Durante a abordagem a crianças e adolescentes por parte do Conselho Tutelar, no exercício da sua função, devem ser observadas as seguintes formas de agir, conforme relaciona Liberati e Cyrino (2003): deve ser sempre um relacionamento capaz de criar empatia, aceitação e afeto; ser sempre um relacionamento educativo; ter sempre em mente que o conselheiro é um educador de crianças, jovens e da comunidade, sendo ele capaz de bem transmitir uma boa informação e orientações; o conselheiro deve saber defender a criança e não deve ser intolerante; a compreensão verdadeira só ocorre quando estamos despidos de

¹⁰ Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar: I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII; II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII; III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto: a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança; b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações. IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente; V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência; VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional; VII - expedir notificações; VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário; IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente; X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal; XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família.

preconceitos e desapegos do poder; o exercício da autoridade envolve humildade, o exercício da autoridade não é o autoritarismo, daí que a abordagem de crianças, adolescentes, pais, diretores de escolas, donos de bares, boates é sempre educativa, envolvendo escuta, negociação e decisão, pautadas na compreensão; entre outras.

Com relação às garantias processuais expressas no Estatuto da Criança e do Adolescente, destacam-se as colocações expostas por Saraiva (2006), o qual comenta que o ECA reafirma as condições de sujeito de direitos do adolescente a quem se atribui a prática de ato infracional, momento em que a ele é assegurado uma série de garantias processuais contidas no estatuto, além de outras decorrentes do Estado Democrático.

As garantias processuais no Estatuto da Criança e do Adolescente estão presentes nos artigos 110¹¹ e 111¹² do referido texto legal, onde o primeiro dispositivo expressa o princípio constitucional do devido processo legal, transcrevendo quase que literalmente o disposto na Carta Magna, art. 5º, inc. LIV, enquanto que o segundo dispositivo relaciona algumas garantias processuais, também decorrentes do princípio do devido processo legal (Saraiva, 2006).

Sobre o princípio do devido processo legal, Saraiva (2006) aponta que nele se constitui todas as prerrogativas processuais asseguradas pela própria ordem constitucional e pela lei, como aqueles mandamentos relativos ao juiz natural, à garantia à integridade física e moral, ao contraditório e à ampla defesa, à presunção da inocência (ou não culpabilidade), enfim, todos os direitos decorrentes da ordem constitucional, tendo presente que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme o art. 5º, § 1º, da CF¹³.

¹¹ Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

¹² Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III - defesa técnica por advogado; IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

¹³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

3 A VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL E A LEGISLAÇÃO PENAL

Nesse segundo capítulo será feito um breve histórico do uso de bebidas alcoólicas e será verificado se o álcool pode ser considerado como substância que pode causar dependência física ou psíquica. Além da relação dessa substância com crianças e adolescentes, auxiliando na compreensão do artigo 243 do ECA, o qual coíbe a venda de tais produtos para esses seres em desenvolvimento.

Do mesmo modo, serão estudadas a tipicidade dessa norma penal e a relação dela com o art. 63, inc. I, da Lei das Contravenções Penais, entre os quais há divergências doutrinárias referentes à correta tipificação da conduta de vender bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes. Ademais, analisaremos o art. 81 do ECA e seus incisos, o qual poderá auxiliar na compreensão do art. 243 do mesmo diploma legal, principalmente no que diz respeito ao rol (taxativo ou exemplificativo) dos produtos nele contido.

3.1 O álcool como substância que causa dependência física ou psíquica e sua relação com crianças e adolescentes

A história do uso de bebidas alcoólicas coincide com os primórdios da história da humanidade, com esse hábito difundindo-se pelas civilizações e tornando-se universal, como aponta Dartiu Xavier da Silveira Filho (1996), com a sociedade permitindo e estimulando seu uso nas mais diferentes culturas e circunstâncias, tais como rituais, religiões, seitas, encontros comportados, orgias, alegria, sofrimento, solidão, em grupos nas grandes ocasiões sociais. Desse modo, a bebida alcoólica sempre esteve e está relacionada ao cotidiano da maioria da população.

Sobre a história das drogas e bebidas alcoólicas, Leda Rúbia Corbulim Maurina (2007) comenta que quase todas as civilizações de que se tem notícia conheceram o álcool, tratando-se de uma droga consumida em múltiplas circunstâncias e com várias motivações. Algumas civilizações chegaram a ter deuses que estavam diretamente relacionados com as bebidas

alcoólicas. O mais conhecido deles é Dionísio ou Baco, o deus grego do vinho, do êxtase, do entusiasmo, da mania e da orgia, o qual

[...] configurava a ruptura das repressões, inibições e recalques, graças à libertação provocada pela embriaguez. Esse deus, com essa postura, acabava pondo em risco todo um estilo de vida e universo de valores, pois, além do elemento transformador que tirava o homem do mundo quotidiano, também abolia a distância entre mortais e imortais. (MAURINA, 2007, p. 25).

Os primeiros nomes utilizados para qualificar a relação entre o álcool e o indivíduo que se tornou dependente do produto foram bebedeiras e intemperança, sendo dos países anglo-saxões¹⁴ os primeiros trabalhos sobre a dependência de álcool, tendo como um dos pioneiros o médico inglês Thomas Trotter (1761-1832), o qual avistava na intemperança uma provável causa de loucura, relatando em sua obra o aumento considerável na criminalidade, o aumento das doenças e o aumento também do empobrecimento (Sérgio Dario Seibel, 2000).

Ainda em meados do século XVIII, na França, os médicos, estudando os hábitos de ingestão de álcool pela população, acreditavam que as raízes para as elevadas taxas de ingestão de álcool estavam ligadas à ociosidade e ao baixo nível educacional da população, propondo melhores condições de higiene no trabalho e na moradia, onde a luta contra a intemperança deveria voltar-se para objetivos sociais, tais como a urbanização, habitação, educação, alimentação e pobreza (Seibel, 2000).

Atualmente, a conceituação do alcoolismo continua sendo um assunto complexo por ser abrangente e objeto de estudo de várias áreas do conhecimento humano. Assim, Silveira Filho (1996) apóia-se na Classificação dos transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10¹⁵ para definir o uso nocivo do álcool como

¹⁴ Inglaterra, Escócia, Irlanda, País de Gales, Estados Unidos, Canadá, Austrália, entre outros.

¹⁵ Publicada pela Organização Mundial da Saúde, a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), frequentemente designada pela sigla fornece códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande variedade de sinais, sintomas, aspectos anormais, queixas, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos ou doenças. A cada estado de saúde é atribuída uma categoria única à qual corresponde um código, que contém até 6 caracteres. Tais categorias podem incluir um conjunto de doenças semelhantes.

Um padrão de uso do álcool que está causando dano à saúde. O dano pode ser físico ou mental. O uso nocivo não deve ser diagnosticado se a síndrome da dependência, transtorno psicótico ou outra forma específica de transtorno relacionado ao uso de álcool estiver presente. (1996, p. 108).

Note-se que o autor difere o uso nocivo da síndrome da dependência do álcool, a qual é assim definida

Conjunto de fenômenos fisiológicos, comportamentais e cognitivos, no qual o uso de álcool alcança uma prioridade muito maior para um determinado indivíduo que outros comportamentos que antes tinham mais valor. Uma característica descritiva central da síndrome de dependência é o desejo (freqüentemente forte, algumas vezes irresistível) de consumir álcool. Pode haver evidência de que o retorno ao uso do álcool, após um período de abstinência, leve a um reaparecimento mais rápido de outros aspectos da síndrome do que ocorre com indivíduos não dependentes. (SILVEIRA FILHO, 1996, p. 108).

Definindo a abrangência do termo drogas, Seibel ensina que substâncias ou drogas psicoativas são aquelas que modificam o estado de consciência do usuário. Toda substância psicoativa utilizada de forma abusiva pode levar a manifestações de dependência e o controle do consumo na sociedade pelo ente estatal é de vital importância para a sociedade, uma vez que

[...] as substâncias psicoativas estão atualmente na “ordem do dia”, e seu uso tem sido considerado em grande medida um perigo que ameaça a estrutura da sociedade, a ponto de muitas autoridades de diversos países, pelas razões mais diferentes, ter decidido erradicá-las, como se pudera ser efetivado, empreendendo uma verdadeira “guerra contra as drogas”. (SEIBEL, 2000, p. 1).

As drogas psicoativas, historicamente, foram usadas nos mais diferentes contextos, como explica Maurina (2007), quais sejam: religioso, medicinal, entre outros. Sendo característica dessas substâncias a capacidade de alterar o funcionamento cerebral, modificando o psiquismo através da alteração do estado de consciência do ser humano. Dentre as substâncias psicoativas está a bebida alcoólica, que, por ser uma droga lícita e de fácil acesso, no Brasil é, de longe, a droga mais consumida.

Em seu trabalho, Silveira Filho (1996) corrobora a posição do álcool como substância psicoativa mais consumida no Brasil, ao lado da cafeína e da nicotina, atribuindo uma média anual de 8,15 litros de álcool *per capita* ainda no ano de 1996. O álcool etílico ou etanol, obtido pela fermentação dos açúcares de alguns frutos e plantas,

[...] é utilizado na preparação de vários produtos químicos, entre eles as bebidas alcoólicas. O álcool é uma substância psicoativa, aceita e usada por grande parte da população sem causar problemas; porém, para uma parcela de aproximadamente 10% dessa população o seu consumo acarreta graves complicações tais como patologias, crimes, acidentes, suicídios, destruição familiar e pessoal. (SILVEIRA FILHO, 1996, p. 105 – 106).

Em sua obra, Seibel (2000) ratifica que substâncias psicoativas constituem o conjunto dos produtos capazes de modificar o curso do pensamento ou estados da consciência, relacionando o álcool no terceiro grupo da classificação geral das substâncias psicoativas, sob o subtítulo *Inebriantia* (Substâncias Embriagantes), dizendo que são corpos acessíveis aos meios da síntese química, como álcool, clorofórmio, éter, benzina. Após uma primeira fase de excitação cerebral, dá-se lugar a uma depressão de excitabilidade, indo eventualmente até um estado de supressão temporária da consciência.

Observa-se que ambos os autores não divergem no que diz respeito à bebida alcoólica ser uma substância psicoativa e que pode causar dependência aos usuários. Nesse momento não tem muita relevância tal ressalva para a compreensão do estudo, mas será de grande valia para a sequência do trabalho, onde ajudará a compreender o artigo 81 e, principalmente, o artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais dizem respeito a esses tipos de substâncias.

Para facilitar a compreensão dos padrões de consumo de bebidas alcoólicas, Maurina (2007) didaticamente propõe a seguinte classificação para o uso dessa substância psicoativa: 1) uso experimental – primeiros episódios de uso não persistentes e bastante infrequentes; 2) uso recreativo – em ocasiões relaxantes ou sociais, sem nenhum outro problema associado; 3) uso controlado – uso regular, não compulsivo e sem interferências no habitual cotidiano do indivíduo; 4) uso social – em companhia de outras pessoas e de maneira aceitável socialmente; 5) uso nocivo ou abuso – padrão que expande o risco de consequências prejudiciais ao usuário,

como consumo que resulta em dano mental e físico; 6) dependência – a OMS¹⁶ define como estado psíquico, decorrente da ingestão de bebidas alcoólicas, caracterizado por respostas de comportamentos e outras que incluem sempre uma compulsão para a ingestão de álcool de modo contínuo ou periódico.

A autora ainda acrescenta que independentemente do padrão de consumo de álcool, todos apresentam riscos, pois a todo o momento os meios de comunicação divulgam consequências danosas dos diferentes tipos de uso das bebidas alcoólicas.

Desmistificando a tendência popular de que todos os problemas relacionados ao consumo do álcool são decorrentes de pessoas com nível grave de dependência, os maiores números de acidentes de carro (e outras formas de violência) acontecem, na população em geral, pela intoxicação decorrente do abuso de álcool. (MAURINA, 2007, p. 26 – 27).

Sobre o uso nocivo ou abuso do álcool, Seibel (2000) o caracteriza como fase de prejuízo do funcionamento social, legal, interpessoal e ocupacional. Esse momento se desenvolve em três períodos bem caracterizados: o período inicial é o de excitação e euforia, com vivacidade mental e loquacidade; o segundo período é o dito médico-legal, com turbulência e agressividade; finalmente, o período comatoso, com “apagamento” do campo da consciência, sono profundo e estertoroso.

Demarcado o conceito de álcool e suas consequências, serão agora analisadas as implicações pelo uso dessa droga na vida de crianças e adolescentes, os quais estão mais vulneráveis ao uso abusivo de álcool e aos seus danos.

Silveira Filho (1996) classifica crianças e adolescentes como indivíduos que apresentam maior plasticidade, flexibilidade e maleabilidade quanto a sua estrutura da personalidade, tornando-se assim mais suscetíveis a influências do meio ambiente.

¹⁶ A Organização Mundial da Saúde (OMS) é uma agência especializada em saúde, fundada em 7 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas. Sua sede é em Genebra, na Suíça. Segundo sua constituição, a OMS tem por objetivo desenvolver ao máximo possível o nível de saúde de todos os povos. A saúde sendo definida nesse mesmo documento como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade.

A adolescência tem importância fundamental na formação da identidade e no desenvolvimento da personalidade. É nessa fase que ocorrem desenvolvimentos significativos nos aspectos físicos e psicológicos desses seres humanos em razão da puberdade. Com isso há grandes mudanças no contexto social, ambiental e cultural particular, acarretando alterações da autoimagem e da autoestima, fazendo com que o jovem adquira uma progressiva autonomia em relação aos seus pais e à família, passando a conviver mais com grupos de amigos e apresentando sinais de interesse pelo sexo oposto (Seibel, 2000).

Para sintetizar o período de evolução que é a adolescência e suas consequências futuras, Silveira Filho (1996) diz que

[...] a adolescência realmente finaliza um processo de desprendimento do indivíduo em relação ao seu grupo familiar, processo esse que teve início no parto biológico, passando pela separação egóica da mãe e culminando numa individualização e assunção, por parte do jovem adulto, da responsabilidade de sua existência. A complexidade deste processo nos permite assegurar que ele só tem chance de ser bem sucedido dentro da proteção e segurança de um grupo familiar adequadamente estruturado ou de um substituto à altura. (1996, p. 159).

Para Maurina (2007) é consensual entre estudiosos da temática que a adolescência consiste numa fase transitória entre a infância e a fase adulta, sendo um período impossível de ser delimitado temporalmente, estando inclusas nas características da adolescência a curiosidade pelo desconhecido, o desafio à transgressão e a necessidade de o indivíduo ser aceito em seu grupo, o que faz com que a associação do uso de drogas (lícitas ou ilícitas) e adolescência seja um fato claro.

Entre outros fatores relacionados com o uso abusivo dessas drogas está a dificuldade em arrumar emprego, a ausência de uma adequada qualificação profissional, a necessidade de afirmar ideologias contra culturais (movimento Hippie). De qualquer modo, viver em uma sociedade individualista, que não suporta a dor nem a frustração, é muito difícil. Quando estas aparecem, os jovens sentem-se mal em assumi-las, tornando-se imperativo fazer com que qualquer sintoma de sofrimento suma o mais rápido possível, independentemente do meio que será utilizado. Nesse instante, as bebidas alcoólicas e outras drogas aparecem como produtos mágicos capazes de aliviar a dor física e moral, melhorando o desempenho social dessas pessoas em desenvolvimento (Maurina, 2007).

O alcoolismo é um transtorno frequente, embora seu diagnóstico não seja, muito em função da cumplicidade de médicos, familiares e, principalmente, o próprio dependente. Cumplicidade esta enraizada na visão social de que o alcoolismo é apenas um estágio de fraqueza moral, o que dificulta e limita seu reconhecimento por parte da família e do alcoólatra (Silveira Filho, 1996).

Muito embora não seja comum a busca pelo tratamento no estágio inicial da doença, é frequente sua busca após as primeiras complicações físicas, segundo Silveira Filho, a razão maior para uma baixa frequência de diagnóstico parece ser médica, uma vez que esse profissional,

[...] produto dessa mesma cultura, pode mostrar-se receoso em diagnosticar algo que não tem muito claro para si mesmo e que implica muitas vezes a avaliação dos seus próprios hábitos em relação ao consumo de bebidas alcoólicas. (1996, p. 112).

Além da deficiência em ser diagnosticado o alcoolismo, nosso cotidiano está permeado por inúmeros danos causados direta ou indiretamente causados pelo uso abusivo ou pela dependência dessa droga lícita, sejam eles danos pessoais ou sociais, físicos ou patrimoniais (Maurina, 2007).

Nota-se que raramente é possível ler algum jornal que não tenha algum problema relacionado com o uso de bebidas alcoólicas. Na nossa sociedade, o uso de drogas (especialmente as bebidas alcoólicas), associado a comportamentos de risco, explica em parte os elevados índices de mortes por causas externas – acidentes e violências. No Brasil, estas mortes ocupam a segunda posição no quadro de mortalidade populacional, e a primeira posição quando essas mortes se restringem a adolescentes e adultos do sexo masculino (Seibel, 2000).

No que diz respeito tão somente aos acidentes de trânsito, as substâncias psicoativas, em particular o álcool, estão implicadas como um importante fator causal nos acidentes de trânsito, onde

O uso de álcool aumenta a probabilidade de acidentes na medida em que diminui a capacidade discricionária visual e auditiva, reduz a coordenação motora e os

reflexos, modifica o comportamento (estados de desinibição e euforia, liberação da censura, falsa segurança, etc.) tanto nos condutores de veículos quanto nos pedestres. (SEIBEL, 2000, p. 500).

Entre outros riscos de danos, associados ao consumo abusivo de bebidas alcoólicas, apurados por Maurina (2007) estão: a) físicos – implicações direta ou indiretamente voltadas para o corpo, em virtude da sensação de irresponsabilidade causada pela substância e da não compreensão correta da realidade, como por exemplo, envolver-se em brigas, doenças sexualmente transmissíveis, overdose, estupro e outras exposições a riscos desnecessários; b) dependência / outras drogas – aqui os riscos estão voltados para a possibilidade de o usuário tornar-se não só consumidor do álcool, mas também seu dependente, além dele ser um agente estimulador ao uso de outras substâncias, como nicotina e outras drogas ilícitas; c) constrangimentos nas relações familiares – vontade cada vez mais frequente em afastar-se da família e limitar o relacionamento pessoal com amigos e conhecidos motivados pelo desejo em comum de consumir bebidas alcoólicas; d) desempenho escolar – desempenho estudantil e o consumo de bebidas alcoólicas são inversamente proporcionais, onde quanto maior os problemas decorrentes do abuso do álcool, menor será a capacidade de manter um desempenho escolar satisfatório, tendo como consequências, por exemplo, a falta de estudo, baixa frequência escolar.

3.2 Análise da tipicidade penal do art. 243 do ECA e sua relação com o art. 63 da Lei das Contravenções Penais

A aparente liberdade formal, atribuída ao legislador, de criar figuras criminais é limitada, como explica Munir Cury (2003), sob pena de não haver adequação cultural da norma, pelo conflito fato-valor, em que o Direito se atualiza cotidianamente de forma espontânea e imediata. Portanto

A elaboração normativa assenta-se [...] na experiência concreta do Direito, seja para refletir e objetivar de forma certa e segura o que se apresenta na vida comum, seja para completar e até mesmo ordenar essa experiência, corrigindo-a de conformidade com os valores que não haviam sido percebidos, mas cuja necessidade se impõe em vista da exigência da sociedade, que, no caso em tela, já havia sido manifestada com

a inclusão da *prioridade absoluta* como cânone constitucional (art. 227). (CURY, 2003, p. 743).

Sobre esse ponto, Antonio Cezar Lima da Fonseca (2001) ensina que a adequação cultural é facilmente visualizada com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em substituição ao anterior Código de Menores, o qual não previa normas incriminadoras de proteção à criança e ao adolescente, sendo tal legislação criticada porque não trazia um rol de direitos inerentes à infância e à juventude.

Embora não houvesse normas específicas de proteção à criança e ao adolescente no antigo Código de Menores, o Código Penal de 1940 já trazia normas de proteção às crianças e aos adolescentes: proteção direta nos seus art. 245 e art. 248, assim como proteção indireta nos seus art. 217 e art. 218; bem como uma proteção especial a esses seres em desenvolvimento em algumas leis extravagantes, a exemplo da lei 2.252/1954 que trata da Corrupção de Menores, as quais nunca foram suficientes para coibir tal criminalidade (Fonseca, 2001).

Seguindo então a esteira da Constituição Federal no que diz respeito à Proteção Integral da Criança e do Adolescente, o ECA arrolou no seu Título VII, denominado *Dos Crimes e das Infrações Administrativas*, comportamentos agressivos contra as crianças e os adolescentes. Destarte, passamos a ter a objetividade jurídica (proteção de crianças e adolescentes) e normas incriminadoras (tipos penais), as quais descrevem os sujeitos ativo e passivo do crime. Então, ter-se-ia um verdadeiro Direito Penal de Proteção à Criança e ao Adolescente (Fonseca, 2001). Assim

Ao legislador estatutário competia construir objetivações normativas que estivessem em *correspondência* com o modo de ser e sentir da sociedade hodierna. Impôs-se, assim, que condutas contra crianças e adolescentes viessem a ser consideradas como ilícitos penais. (CURY, 2003, p. 744).

Sobre os crimes contra a criança e o adolescente

Nos crimes contra a criança e o adolescente temos uma normatividade própria, material e processual, digna de nossa atenção. Temos um corpo de leis e uma lei própria que nos defende, uma objetividade jurídica e a descrição clara dos sujeitos do

crime. Não tratamos de "Direito Penal Juvenil", ou "Direito Penal do Menor", nomeclaturas, aliás, que já foram por demais contestadas e sem o sentido aqui exposto. Na espécie, tratamos de *crimes* praticados *contra* a criança e o adolescente, cujos autores são *imputáveis, maiores de idade*. Enfim, um verdadeiro Direito Penal de Proteção à Criança e ao Adolescente. (FONSECA, 2001, p. 18).

No Título VII do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu Capítulo I, Seção I, temos os artigos 225¹⁷, 226¹⁸ e 227¹⁹, os quais são disposições comuns, regramentos gerais e aplicáveis a todos os tipos penais da norma penal especial, assim como estabelecem a aplicação subsidiária das normas do Código Penal e do Código de Processo Penal ao fato regulado pelo ECA.

O art. 225 do ECA, ao dispor que se trata de crimes contra a criança e o adolescente, não de contravenções penais, aponta que estamos diante de comportamentos considerados graves, cujos elementos subjetivos devem ser analisados com profundidade, devendo-se analisar a intenção do agente, nas modalidades de dolo ou de culpa, nexos causais entre o agente e o fato ilícito para a verificação da culpabilidade (Fonseca, 2001).

Quanto às classes do delito, sobre o art. 225 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Cury menciona que

O artigo em análise já estabelece as classes do delito, quanto à conduta do agente, em comissivos e omissivos puros. Naqueles o agente faz o que a norma penal proíbe. Nestes, omissivos puros, há abstenção daquilo que a norma penal manda que se faça. (2003, p. 744).

A respeito disso, o próprio autor complementa dizendo que a doutrina ainda vislumbra mais duas classes sobre a conduta: comissivo por omissão (ou omissivo impróprio) e o comissivo e omissivo. Naquele, o agente, pelo não cumprimento de seu especial dever de ação, determina a aparição de resultado típico, cuja evitação juridicamente lhe incumbia evitar (mãe que deixa seu filho perecer, privando-o de alimento necessário). Nos comissivos e

¹⁷ Art. 225. Este Capítulo dispõe sobre crimes praticados contra a criança e o adolescente, por ação ou omissão, sem prejuízo do disposto na legislação penal.

¹⁸ Art. 226. Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal.

¹⁹ Art. 227. Os crimes definidos nesta Lei são de ação pública incondicionada.

omissivos, a própria nomenclatura já evidencia a ação e omissão presentes no comportamento delitivo (Cury, 2003).

Em relação ao art. 226 do já mencionado texto legal, este dispõe que se recorre subsidiariamente aos princípios gerais do Código Penal para a aplicação e limite da norma incriminadora com o intuito de completar o sistema penal. Entretanto, não haveria necessidade do ECA dispor a respeito da aplicação subsidiária, pois o silêncio inevitavelmente remeteria o aplicador da lei às regras gerais do Direito Penal (Fonseca, 2001).

No que diz respeito ao tipo de ação penal, o art. 227 do ECA estabelece que esta seja pública incondicionada, desse modo

Sendo ação pública incondicionada, ou seja, não havendo necessidade de postulação do interessado para que a autoridade pública exerça os atos de apuração e julgamento do ilícito penal, a autoridade policial tem o dever de promover a abertura do inquérito, independente de requerimento, bastando para tal o conhecimento do delito (art. 5º, I, do CPP). (CURY, 2003, p. 750).

Assim, exige-se atuação de ofício das autoridades encarregadas da persecução penal: o delegado obriga-se a instaurar o inquérito; o promotor de justiça obriga-se a oferecer a denúncia ou a solicitar o arquivamento; o magistrado deve encaminhar notícia de eventual ferimento criminal aos direitos de crianças e adolescentes. Afinal, todos os direitos das crianças e adolescentes são indisponíveis (Fonseca, 2001). Entretanto, como bem lembra o autor, o estabelecimento da ação penal pública incondicionada não significa o completo afastamento da ação penal privada subsidiária da pública, caso esta não seja intentada no prazo legal.

A respeito dos crimes de menor potencial ofensivo (pena de até dois anos de privação da liberdade), como lembra Fonseca (2001) ter-se-á o rito próprio, sendo processados sob a ótica da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Após uma breve e fundamental exposição das disposições comuns referentes a essas normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, será analisado mais especificamente

o art. 243²⁰ do referido texto legal, que trata da criminalização da venda ou fornecimento de substâncias cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica para criança ou adolescente, o qual visa assegurar os direitos de liberdade, de saúde, dignidade e respeito, colocando crianças e adolescentes a salvo das negligências, explorações e violências, que surgem em decorrência do uso e abuso de drogas e substâncias entorpecentes (Fonseca, 2001).

Como conceituação, Cury (2003) define que esse crime prende-se à tipificação dos atos de fornecer, mesmo que a título gratuito; ministrar, ou seja, servir ou aplicar; ou entregar, ainda que como intermediação, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos que possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida, mesmo que esses produtos não sejam proibidos ou ilegais. Desse modo,

Este dispositivo destina-se a proteger a criança e o adolescente, alvo de fácil aliciamento para a droga, de receber, sob qualquer hipótese, indevidamente, substâncias que possam comprometer a sua saúde física ou mental, mesmo as drogas lícitas. (CURY, 2003, p. 793).

O afastamento das crianças e dos adolescentes das substâncias tóxicas é forma de prevenção especial, tendo em vista a expressa proibição da venda de produtos cujos componentes possam causar-lhes dependência física ou psíquica (Fonseca, 2001).

Para Zaupa (2008), foi pensando em dar efetividade às normas de proteção e repressão que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 243, estampou como crime a conduta daquele que pratica uma das condutas mais nocivas a essas pessoas em desenvolvimento, visando a norma responsabilizar aquele que fornece produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, tendo a bebida alcoólica, a toda evidência, como um desses produtos, sendo desejável que se puna aquele que faz com que cheguem tais produtos às mãos de crianças e adolescentes, de qualquer forma que seja.

Embora tal definição penal possa gerar algumas dúvidas com relação à aplicação da lei 11.343/06, denominada Lei de Drogas, deve-se saber que tal crime definido no Estatuto da

²⁰ Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Criança e do Adolescente, embora com similar utilização de verbos (vender, fornecer, ministrar ou entregar de qualquer forma), deve ser distinguido da previsão da lei que visa coibir o tráfico, devendo o agente responder pelo crime definido na Lei de Drogas caso a substância ilícita entregue à criança e ao adolescente for uma das elencadas para aplicação desta lei, restando a aplicação do ECA nos demais casos em que o produto entregue a esse público for diverso das drogas ilícitas consideradas para aplicação da lei 11.343/06 (Zaupa, 2008).

No tocante ao tipo penal, observa-se que há uma excludente de ilicitude no próprio enunciado da conduta do art. 243, que é a justa causa, isto é, quando o medicamento ou alimento é fornecido por pessoa devidamente habilitada. (Cury, 2003).

Sobre esse elemento normativo que é a justa causa, Fonseca (2001) diz que o tipo penal o utiliza para não incriminar condutas necessárias ou permitidas, exigindo-se do aplicador da lei um juízo de valor da situação de fato para a correta aplicação da finalidade da norma.

O próprio autor, buscando estabelecer uma doutrina sobre o tema, diz que

[...] precisamos ver se é *justa* (cabível, adequada) a *causa* ou a motivação; se é legal, exigível ou necessária diante daquela situação fática ocorrente. Se a causa for justa, crime não haverá. Se não for justa, não será justa causa e tipificará como criminosa a conduta ora incriminada. Veja-se o caso de uma criança gravemente enferma e que necessite de morfina, substância de comercialização proibida e que causa dependência. Não há crime na venda, porque a justa causa é terapêutica. Claro, desde que com a competente prescrição médica. Mas se a criança não estiver doente e um médico prescrever doses de morfina, o profissional estará violando a figura típica. (FONSECA, 2001, p. 133).

O sujeito ativo do art. 243, como o crime é impróprio, pode ser qualquer pessoa a praticar os atos previstos. Com relação ao sujeito passivo é a criança ou o adolescente e, em sentido lato, a sociedade em geral, a qual também será lesada. O tipo subjetivo admite somente o dolo direto ou o dolo eventual, não estando prevista a modalidade culposa, admitido o concurso de pessoas. Já quanto à consumação, o crime consuma-se com a venda, fornecimento, ministração ou entrega da substância cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, não sendo necessário para a consumação o uso efetivo da substância (Cury, 2003).

Com relação aos produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por sua utilização indevida, é um ponto do tipo penal que gera grande polêmica e discussão, afinal o ECA não oferece nenhum rol dessas substâncias.

Produto (na espécie), segundo Fonseca (2001), é tudo aquilo que é produzido pela indústria farmacêutica ou por artesanato, de cunho medicinal ou não. Podendo ser tanto um medicamento, quanto a popular cola de sapateiro. Já os componentes são todas aquelas substâncias que compõem, que formam, que integram o produto, e que podem causar dependência, ou seja, tornar a pessoa viciada, dependente do produto final.

Mas afinal, quais seriam os produtos que podem causar dependência física ou psíquica, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente não ofereceu nenhum rol.

Para tentar esclarecer o assunto, temos a seguinte posição a respeito do tipo penal do art. 243 do ECA

É uma norma penal em branco, pois a lista destes produtos é fornecida pelo Ministério da Saúde e é determinada pelo órgão de Vigilância Sanitária. Com o contínuo aparecimento de novos produtos, industrializados ou não, pode-se considerar que - constatada a substância causadora de alteração de percepção ou dependência, física ou psíquica, utilizada indevidamente, na dosagem ou na forma de administração - mesmo o produto não relacionado, mas que possua as características descritas, pode ensejar a tipificação. (CURY, 2003, p. 793).

Como o Estatuto da Criança e do Adolescente não ofereceu qualquer rol para determinar quais seriam os produtos que podem causar dependência física ou psíquica, parece que essa norma seria uma norma penal em branco. Afinal, segundo Fonseca

Chamam-se normas penais em branco aquelas em que se apresenta incompleta a descrição da conduta incriminadora, ou seja, aquelas em que o tipo deve ser completado por outra disposição legal, já existente ou futura. (2001, p. 133 - 134).

Como exemplo, o autor cita o art. 36²¹ da revogada lei 6.368/76, denominada Lei

²¹ Art. 36. Para os fins desta lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde.

Antitóxicos, o qual considerava substâncias entorpecente ou capaz de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim fossem especificadas pela lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde (Fonseca, 2001). Assim,

[...] para condições similares, aplicamos a mesma razão, ou seja, os produtos que causam dependência a crianças e adolescentes (que são os mesmos aos adultos, basicamente) devem ser especificados em lei ou relacionados pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Ministério da Saúde, sob pena de, pelas mesmas razões, ter-se incriminações distintas, o que fere o princípio da igualdade. (FONSECA, 2001, p. 134).

Com relação à definição de norma penal em branco, será analisado no próximo capítulo, já que quanto ao art. 243 podemos estar diante de um tipo penal aberto e não de uma norma penal em branco.

Quanto à prova, incumbe lembrar que cabe ao agente ministerial juntar ao processo o auto de constatação de que a substância é capaz de causar dependência física ou psíquica, através da prova pericial (Fonseca, 2001).

A partir desse instante, será analisado especificamente o álcool, questão do tipo penal que certamente mais gera polêmica e discussão, afinal, vender, fornecer, servir bebida alcoólica para criança ou adolescente insere-se na tipicidade do art. 243 do ECA, ou a conduta é regulada pelo art. 63, inc. I, da Lei das Contravenções Penais, Decreto-Lei nº 3.688/41.

De uma coisa não se tem dúvida, o álcool é uma substância cujos componentes podem causar dependência física ou psíquica, como foi visto anteriormente, e essa característica é um dos elementos normativos do tipo penal constante no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre o tema

Como se vê, a norma contravencional é clara, taxativa, referindo-se a bebida alcoólica. O crime do art. 243 do ECA não faz qualquer referência a bebida alcoólica. Sabe-se que o álcool pode levar à dependência física ou psíquica, porém, o Princípio da Legalidade da Lei Penal exige que o tipo deve ser claro e específico, porque só assim o réu e o julgador terão *segurança jurídica* quando da violação e da aplicação da lei penal. (FONSECA, 2001, p. 135).

Sobre o assunto, Cury (2003) diz que, de maneira direta e objetiva, a bebida alcoólica, tanto quanto outras drogas, pode causar dependência, entretanto

[...] servir bebidas alcoólicas para criança ou adolescente é contravenção penal prevista no art. 63, I, punida com prisão simples de dois meses a um ano, ou multa. (2003, p. 268).

Corroborando com esse pensamento, é que Fonseca (2001) diz que, se já existe norma anterior, expressa, dispondo que servir bebida alcoólica para menor de 18 anos é contravenção penal, a norma posterior só pode afastá-la se a revogação for expressa, o que não ocorreu nesse caso. Afinal, a contravenção é uma infração penal de menor potencial ofensivo com relação ao crime, desse modo, sendo o crime algo mais grave, só podemos piorar a situação do réu se a revogação da lei for expressa.

Como ensina Maurício Antônio Ribeiro Lopes *apud* Fonseca (2001) a respeito da segurança jurídica

[...] deve ser entendida como no sentido da possibilidade da previsão da reação estatal: ao indivíduo se deve oferecer as possibilidades para que possa fazer um plano antecipado de sua ação. Para que exista verdadeiramente liberdade, não somente é preciso consciência interna, mas ademais disso, conhecimento da regra, lei ou princípio, que há de reger a vontade. O que ignora como se haverá de agir, de comportar-se, não pode conduzir-se livremente; e assim se diz que não há liberdade sem inteligência, consciência atual da ilicitude. (2001, p. 136).

Em sentido inverso, Zaupa (2008) considera que o Estatuto da Criança e do Adolescente revogou tacitamente a norma contravencional, assim dizendo que a contravenção prevista no inciso I, art. 63, foi tacitamente revogada pelo art. 243, do ECA, uma vez que o novo texto, embora de forma não expressa, regulou inteiramente a matéria precedente, englobando na sua figura típica a conduta de servir bebida alcoólica a menor de 18 anos, por tratar-se de produto cujo componente pode causar dependência física ou psíquica.

Aliás, argumenta o autor que o art. 63 da Lei das Contravenções Penais apresenta apenas o verbo típico servir, enquanto que o art. 243 do ECA apresenta os verbos vender, fornecer, ministrar e entregar, sendo que o verbo fornecer (acrescido da expressão ainda que

gratuitamente) englobaria o verbo servir e, conseqüentemente, revogaria tacitamente o dispositivo contravencional (Zaupá, 2008).

No mesmo sentido, é que Silva Júnior entendendo estar tacitamente revogado o art. 63, inc. I, da LCP, diz que

[...] uma vez que o novo texto, embora não de forma expressa, regulou inteiramente a matéria precedente, englobando na sua figura típica a conduta de servir bebida alcoólica a menor de 18 anos, por trata-se de produto cujo componente pode causar dependência física ou psíquica. (2001, p. 9).

Um dos motivos que levam doutrinadores a questionar se realmente as bebidas alcoólicas inserem-se na norma do art. 243 do ECA é que o próprio estatuto, no seu art. 81 e incisos²², diferencia a bebida alcoólica (art. 81, inciso II) de produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida (art. 81, inciso III), o que denotaria que o álcool não faria parte dos produtos que podem causar dependência e conseqüentemente não faria parte do tipo penal do art. 243.

Entretanto, Zaupa (2008) considera que o fato do legislador não ter inserido no artigo 243 do ECA o texto contido no inciso II, do artigo 81 da Lei nº 8.069/90, que trata especificamente da bebida alcoólica, não afasta a sua aplicação, haja vista que citada regra refere-se a normas de prevenção, ao contrário do artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que vem previsto na seção referente aos crimes em espécie. Isso porque a disposição de prevenção (Título III do ECA), contida no art. 81, é meramente exemplificativa, podendo ser ampliada, por exemplo, através de portarias e legislação específica (federal, estadual e municipal), variando o tipo de sanção.

Ao tratar da natureza do rol do art. 81 do ECA, Valter Kenji Ishida (2005) diz que o rol elencado não é taxativo, podendo sofrer ampliações, entretanto somente pela atuação do Juiz da Infância e da Juventude. Citando o exemplo da proibição de venda a menores do produto utilizado para fazer o cortante de pipas e papagaios, o denominado cerol.

²² Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de: I - armas, munições e explosivos; II - bebidas alcoólicas; III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida; IV - fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida; V - revistas e publicações a que alude o art. 78; VI - bilhetes lotéricos e equivalentes.

Nessa esteira, a alegada diferenciação feita pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art. 81 é, na verdade, um apontamento exemplificativo, não podendo jamais ser interpretado como tratamento diferenciado com a consequente não tipificação no art. 243. Aliás, seria um enorme contrassenso dizer que o ECA, ao criar o art. 243, visou reprimir o fornecimento, por exemplo, de cola de sapateiro a menor de idade, mas não teve interesse em reprimir o fornecimento de bebida alcoólica a esses seres em desenvolvimento, ante a flagrante nocividade e afetação à saúde de crianças e adolescentes (Zaupa, 2008).

Após essa avaliação, verifica-se que está longe da doutrina estabelecer um posicionamento pacífico sobre o assunto, uma vez que os autores usam critérios distintos para sustentar seu posicionamento. A partir de uma análise mais detalhada sobre os princípios penais da legalidade e da especialidade, uma distinção entre norma penal em branco e tipo penal aberto será possível traçar o correto caminho a ser seguido na tipificação dessa conduta, a qual atenta contra a corrente constitucional da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente.

4 O CONFLITO APARENTE ENTRE NORMAS E A ANÁLISE DOS SEUS PRINCÍPIOS

Nesse capítulo será definido o que é o conflito aparente entre normas penais e analisado como se resolve esse conflito, já que aparentemente dois tipos penais são aplicáveis ao mesmo fato. Para isso serão analisados e avaliados os princípios incidentes na solução dos conflitos de normas penais, descrevendo suas peculiaridades e em quais circunstâncias serão aplicados, além de demonstrar como sua correta aplicação afasta as normas não incidentes, apontando aquela que realmente regulamenta o caso concreto.

Também será analisado o princípio da legalidade da lei penal, com o intuito de demonstrar a função garantidora desse princípio, o qual previne a condenação por mero descaso e a condenação através da arbitrariedade estatal. Além disso, será de suma importância para o estudo a diferenciação entre os conceitos da norma penal em branco e do tipo penal aberto, definições essas que são base para divergências acerca do tipo penal descrito no art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.1 Conflito aparente de normas

A definição ou conceituação do conflito que surge entre dois ou mais tipos penais aparentemente aplicáveis ao mesmo fato é altamente polêmica, a começar pela sua própria denominação, onde alguns pensadores também o definem como concurso aparente de normas ou de leis. (Bitencourt, 2010).

Para Capez (2009), o conflito aparente de normas é o conflito que se estabelece entre duas ou mais normas penais, aparentemente aplicáveis ao mesmo fato. Há o conflito porque mais de uma pretende regular o fato, mas é aparente, porque, com efeito, apenas uma delas acaba sendo aplicada à hipótese.

Conceituando o que seria o conflito aparente de normas penais, Gomes (2007) aponta que ocorre o denominado conflito aparente de leis penais, ou de normas penais, quando duas ou mais leis vigentes são aparentemente aplicáveis à mesma infração penal. Desse modo, só se pode falar em conflito aparente de normas penais quando temos: a) fato único, o qual pode ser

simples ou complexo; b) duas ou mais leis vigentes aparentemente aplicáveis a esse mesmo fato.

A respeito dessa aparente aplicação de duas ou mais normas penais, é oportuno lembrar-se do princípio do *non bis in idem*²³, o qual veda a aplicação de duas normas penais para um mesmo fato e, conseqüentemente, veda a aplicação de duas condenações para a mesma situação. Assim,

Por força do princípio do *non bis in idem*, somente uma das leis aparentemente aplicáveis é que pode ter incidência concreta no caso. O princípio citado possui vários aspectos. Dentre eles o seguinte: ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo fato. Cuidando-se de fato único, única também deve ser a norma penal a ter concreta incidência. Se aparentemente duas ou mais leis vigentes são aplicáveis, deve-se verificar qual delas é a mais apropriada. O que está vedada é a aplicação de duas leis para uma única situação. (Gomes, 2007).

A respeito do conflito de normas penais, Bitencourt (2010) oportunamente aponta que

Evidentemente que não se trata de conflitos efetivos de normas, sob pena de o Direito Penal deixar de constituir um sistema, ordenado e harmônico, onde suas normas apresentam entre si uma relação de dependência e hierarquia, permitindo a aplicação de uma só lei ao caso concreto, excluindo e absorvendo as demais. (2010, p. 223).

Para Capez (2009), é necessária a presença dos seguintes elementos para que se configure o conflito aparente de normas: a) unidade de fato, havendo somente uma infração penal; b) pluralidade de normas, onde duas ou mais normas pretendem regular esse fato; c) aparente aplicação de todas essas normas à espécie; d) efetiva aplicação de apenas uma delas, razão pela qual o conflito é somente aparente.

Ilustrando didaticamente um caso em que aparentemente duas leis vigentes são aplicáveis ao caso concreto, Gomes (2007) demonstra como se pode resolver um conflito de leis

²³ Expressão latina que indica a não possibilidade de haver duas ações sobre o mesmo fato. Mais especificamente no Direito Penal, significa que a mesma ação não pode ser punida duas vezes ou a mesma circunstância ponderada duas vezes para a aplicação da pena.

O agente, com uma bicicleta, em alta velocidade, atropela e mata um pedestre. A esse fato incide o Código Penal (CP, art. 121, §3.º) ou o Código de Trânsito (art. 302)? Aparentemente as duas leis são aplicáveis. A isso se dá o nome de conflito aparente de leis penais. Considerando-se que o Código de Trânsito só incide quando se trata de veículo automotor, o conflito se resolve em favor do Código Penal, porque bicicleta não é veículo automotor. (2007, p. 78).

Entretanto, ao contrário do que faz com os concursos de crimes, a lei não regula as situações de concurso aparente de normas penais, devendo a solução a ser encontrada ter início na interpretação, pressupondo, porém, a unidade de conduta ou de fato, pluralidade de normas coexistentes e relação de hierarquia ou dependência entre essas normas (Bitencourt, 2010).

Assim, o conflito aparente de normas penais não se confunde com o concurso de crimes, que requer uma pluralidade de infrações. Quando o agente, com uma conduta única, atropela e mata várias pessoas, temos um concurso formal de crimes. Já no concurso aparente de leis penais o fato é único. O conflito de leis é só aparente porque, ao final, somente uma delas terá incidência no caso concreto (Gomes, 2007).

Importante a colocação de Estefam (2010) sobre o conflito aparente de normas, onde o autor acentua que só haverá o conflito se houver um só fato ou somente uma conduta, aos quais aparentemente se apliquem duas ou mais normas penais incriminadoras. Ocorrendo a hipótese de serem vários os fatos imputados, ter-se-á concurso de crimes. Ademais, todos os dispositivos penais aparentemente aplicáveis devem estar vigentes, caso contrário surgirá um conflito de leis penais no tempo.

Não se identifica o conflito aparente de leis penais, de outro lado, com o conflito de leis penais no tempo. Naquele, as duas ou mais leis ainda encontram-se em pleno vigor; neste, uma lei sucedeu outra, onde uma está em vigor, enquanto que a outra não se encontra mais vigente, havendo a denominada sucessão de leis penais, não sendo este último caso o objeto do estudo.

4.2 Princípios incidentes no conflito aparente de normas penais

Como já foi dito anteriormente, o conflito que se estabelece entre as normas penais é apenas aparente, já que somente uma delas pode regular o fato em concreto, afastando-se as demais. Para solucionar esse conflito, a doutrina busca a solução na aplicação de alguns princípios, os quais ao mesmo tempo em que afastam as normas não incidentes, apontam aquela norma penal que realmente regula o caso concreto.

Esses princípios são chamados por Capez (2007) de princípios que solucionam o conflito aparente de normas. E são os seguintes: princípio da especialidade, princípio da subsidiariedade, princípio da consunção ou absorção e princípio da alternatividade.

Assim, se aparentemente ocorrer a incidência de mais de um tipo penal a um mesmo fato, caberá ao intérprete, socorrendo-se nos princípios acima mencionados, resolver esse conflito, apontando o correto enquadramento para a conduta aparentemente tipificada por mais de um dispositivo.

4.2.1 O princípio penal da especialidade

Aplica-se o princípio da especialidade quando existir, entre duas normas aparentemente incidentes sobre o mesmo fato, uma relação de gênero e espécie. Onde será especial, e conseqüentemente prevalecerá, a norma que contiver todos os elementos de outra (a geral), acrescida de mais alguns, de natureza subjetiva ou objetiva, consideradas especializantes. Assim, toda a ação que realiza o tipo do delito especial realiza também necessariamente, e ao mesmo tempo, o tipo geral, enquanto que o inverso não é verdadeiro. (Estefam, 2010).

Especial é a norma que possui todos os elementos da norma geral e mais alguns, denominados especializantes, que trazem um *minus* ou um *plus* de severidade. É como se tivéssemos duas caixas praticamente iguais, em que uma se diferenciasse da outra em razão de um laço, uma fita ou qualquer outro detalhe que a torne especial. Entre uma e outra, o fato concreto se enquadra naquela que tem o algo a mais. (Capez, 2007).

Pelo princípio da especialidade, a lei especial derroga a lei geral. Uma lei é especial em relação à outra quando contém todos os requisitos descritivos típicos da lei geral e mais um ou

alguns requisitos, denominados de requisitos especializantes, os quais conduzem a uma distinção em abstrato dos injustos penais considerados. Para que se possa aplicar esse princípio deve haver uma relação de gênero e espécie entre as figuras típicas consideradas. A descrição típica especial descreve dados extras que não aparecem na configuração típica geral. (Gomes, 2007).

Há relação de especialidade entre o tipo básico e o tipo derivado, seja qualificado ou privilegiado. Assim, os furtos qualificados e privilegiados constituem preceitos especiais em relação ao furto simples. Há igualmente especialidade quando determinada lei descreve, como crime único, dois pressupostos fáticos de crimes distintos, como, por exemplo, o crime de roubo, que nada mais é do que o furto praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. (Bitencourt, 2010).

No mesmo sentido, Capez (2009) fala a respeito do tipo fundamental e dos tipos derivados, dizendo que

[...] o tipo fundamental é excluído pelo qualificado ou privilegiado, também por força do princípio da especialidade, já que os tipos derivados possuem todos os elementos do básico, mais os especializantes. Assim, o furto privilegiado e o qualificado prevalecem sobre o simples. (2009, p. 70).

Por força do princípio em destaque, o tipo penal privilegiado ou qualificado afasta a aplicação do tipo fundamental. O homicídio qualificado afasta a incidência do homicídio simples, assim como a norma especial do infanticídio afasta a aplicação da norma geral homicídio. (Gomes, 2007).

Para se saber qual é a norma especial e qual é a norma geral, como ensina Capez (2009), não é necessário analisar o fato concreto praticado, sendo suficiente que se comparem abstratamente as descrições contidas nos tipos penais. Assim, a mera leitura dos tipos penais é suficiente para determinar qual seria o tipo especial e qual seria o tipo geral. Desse modo, analisando tão somente os tipos penais, pode-se constatar que

[...] o infanticídio tem tudo que o homicídio tem, e mais alguns elementos especializantes: a vítima não pode ser qualquer “alguém”, mas o próprio filho da

autora + o momento do crime deve se dar durante o parto ou logo após + a autora deve estar sob influência do estado puerperal. O tráfico internacional de drogas se distingue do contrabando porque se refere, especificamente, a um determinado tipo de mercadoria proibida, qual seja, a substância entorpecente. (CAPEZ, 2009).

Outro ponto importante sobre o princípio da especialidade citado por Capez (2009) é que da comparação entre as leis não se faz necessário que a pena da lei especial seja mais grave ou menos grave. A norma especial pode descrever um crime mais leve quanto um crime mais grave. Assim,

Não é uma relação de parte a todo, de conteúdo para continente, de menos para mais amplo. É simplesmente de geral para especial, como se tivéssemos duas caixas diferenciadas uma da outra apenas por um laço ou enfeite especializante. A norma especial não é necessariamente mais grave ou mais ampla que a geral, ela é apenas... especial. (CAPEZ, 2009, p. 70).

Do mesmo modo, leciona Gomez (2007) que não tem nenhuma relevância se o crime especial é punido com pena maior ou menor. Não se trata de uma relação gradativa entre os injustos penais, senão de uma relação comparativo-descritiva *in abstracto*. São os requisitos típicos das figuras delitivas consideradas que devem servir de parâmetro para a definição do tipo penal a ser aplicado, não a pena.

4.2.2 O princípio penal da subsidiariedade

Conceituando o princípio penal da subsidiariedade, Capez (2009) diz que subsidiária é aquela norma que descreve um grau menor de violação de um mesmo bem jurídico, isto é, um fato menos amplo e menos grave, o qual, embora definido como delito autônomo, encontra-se também compreendido em outro tipo como fase normal de execução de crime mais grave, ou seja, define como delito independente conduta que funciona como parte de um crime maior. Assim

[...] se for cometido o fato mais amplo, duas normas aparentemente incidirão: aquela que define esse fato e a outra que descreve apenas uma parte ou fase dele. A norma que descreve o “todo”, isto é, o fato mais abrangente, é conhecida como primária e,

por força do princípio da subsidiariedade, absorverá a menos ampla, que é a norma subsidiária, justamente porque esta última cabe dentro dela. (CAPEZ, 2009, p. 71).

Há relação de primariedade e subsidiariedade entre duas normas, segundo Bitencourt (2010), quando descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, de forma que a norma subsidiária é afastada pela aplicabilidade da norma principal. A rigor, a figura típica subsidiária está contida na principal.

Desse modo, o fundamento material da subsidiariedade reside no fato de distintas proposições jurídico-penais protegerem o mesmo bem jurídico em diferentes estágios de ataque, onde a diferença que existe entre a especialidade e a subsidiariedade é que nesta, diferentemente que naquela, os fatos previstos não se apresentam como gênero e espécie. E, se a pena do tipo principal (a qual é sempre mais grave que a do tipo subsidiário) é excluída por qualquer causa, a pena do tipo subsidiário pode aplicar-se residualmente ao autor do fato. (Bitencourt, 2010).

Exemplificando esse posicionamento em que, caso a norma primária seja afastada, nada impede que seja aplicada a norma subsidiária, Estefam (2010) ensina que

[...] o crime de roubo será agravado quando o agente utilizar, como meio executório, arma de fogo (CP, art. 157, §2º, I). Caso se apure que o ofendido não portava absolutamente nenhum bem consigo, será aplicada a figura do art. 17 do CP (crime impossível), afastando-se o delito patrimonial. O juiz, todavia, não deverá simplesmente absolver o réu, mas sim condená-lo por porte ilegal de arma de fogo (Lei n. 10.823/2006, art. 14). (ESTEFAM, 2010, p. 153).

Como explica Capez (2009), a norma que descreve a norma mais abrangente é conhecida como primária e, em consequência do princípio da subsidiariedade, absorverá o tipo penal menos amplo, o qual é a norma subsidiária, justamente porque esta última cabe dentro daquela. Portanto,

A norma primária não é especial, é mais ampla. O crime de ameaça (CP, art. 147) cabe no de constrangimento ilegal mediante ameaça (CP, art. 146), o qual, por sua vez, cabe dentro da extorsão (CP, art. 159) [...] Há um único fato, o qual por ser maior do que a norma subsidiária, só pode se encaixar na primária. (CAPEZ, 2009, p. 71-72).

Exemplificando o referido princípio, Gomes (2007) aponta que o art. 15²⁴ do Estatuto do Desarmamento tipifica o disparo de arma de fogo, mas somente nos casos em que esse disparo não foi efetuado para a prática de outro crime. Note-se que não importa esse outro crime pode ser mais grave ou não, somente incidindo o art. 15 quando o disparo for a finalidade última do agente.

Se o disparo é efetuado para o fim de cometer um homicídio ou uma lesão corporal, não tem incidência o art. 15 do Estatuto do Desarmamento. A regra é de que o principal absorve o subsidiário, portanto, deve ser entendida da seguinte forma: ou o maior absorve o menor [...] ou o fim absorve o meio. (GOMES, 2007, p. 79).

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita. Para Gomes (2007), a subsidiariedade é expressa quando o legislador explicita que determinado tipo penal só tem aplicação se o fato não constituir crime mais grave. Como, por exemplo, no crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132 do CP), o qual deixa claro que a sua pena somente será aplicada caso o fato constitua crime mais grave. E a subsidiariedade é tácita quando um delito menor integra a descrição típica de outro mais grave. Como, por exemplo, o furto em relação ao roubo, onde aquele é subsidiário deste.

Quanto a essa distinção entre espécies de subsidiariedade, Capez (2009) aponta que na expressa, a própria norma reconhece expressamente o seu caráter subsidiário, admitindo incluir somente se não ficar caracterizado fato de maior gravidade; já na subsidiariedade tácita, a norma nada diz, mas, diante do caso concreto, verifica-se sua subsidiariedade, como ocorre nos crimes de roubo e de ameaça, onde o primeiro prevalece sobre o segundo.

4.2.3 O princípio penal da consunção ou da absorção

Conceituando o princípio da absorção, Capez (2009) diz que esse é o princípio segundo o qual um fato mais amplo e mais grave consome (absorve) outros fatos menos amplos e

²⁴ Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.

graves, os quais funcionam como verdadeira fase normal de preparação ou execução, ou ainda, como mero exaurimento.

Em virtude do princípio da consunção ou da absorção devemos observar a seguinte regra geral: o fato de maior entidade consome ou absorve o de menor graduação. A segunda regra válida é a de que o crime-fim absorve o crime meio. (Gomes, 2007). No mesmo sentido o autor fala que

[...] a norma penal que retrata de modo pleno (de forma mais ampla, de forma mais completa) o desvalor do injusto considerado em sua globalidade prepondera sobre a que o contempla só parcialmente. Se incidente uma norma plena, que retrate fielmente o injusto penal em toda sua dimensão ofensiva, afastam-se as normas parciais ou semi-plenas ou incompletas. (GOMES, 2007, p. 80).

Por isso, como explica Bitencourt (2010), o crime tentado é absorvido pelo crime consumado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano. A norma consuntiva constitui fase mais avançada na realização da ofensa a um bem jurídico, aplicando o princípio de que o maior absorve o menor. Assim,

[...] as lesões corporais que determinam a morte são absorvidas pela tipificação do homicídio, ou o furto com arrombamento em casa habitada absorve os crimes de dano e de violação de domicílio etc. A norma *consuntiva* exclui a aplicação da norma *consunta*, por abranger o delito definido por esta. Há consunção, quando o crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente. (BITENCOURT, 2010, p. 226).

Diferentemente da subsidiariedade, como explica Capez (2009), onde comparam-se as normas para saber qual delas é a aplicável, na consunção não se recorre às normas, mas comparam-se os fatos, onde o mais grave absorve todos os demais. Assim, o fato principal absorve o acessório, sobrando apenas a norma que o regula, de maneira que o fato mais perfeito, o mais completo, prevalece sobre a parte. Desse modo,

Ao contrário da especialidade e da subsidiariedade, não há um fato único buscando se enquadrar numa ou noutra norma, mas uma sequência de situações diferentes no tempo e no espaço, ou seja, uma sucessão de fatos, na qual o fato mais grave absorve o menor. O peixão engole o peixe, que engole o peixinho, que engole o girino. Desta forma, como todos vão parar na barriga do peixão, só ele e sua norma restarão. Não é

a norma que absorve a outra, mas o fato que consome os demais, fazendo com que só reste uma norma. (CAPEZ, 2009, P. 74).

Para melhor compreender o acima exposto, pode-se analisar o exemplo de um sujeito que dirige perigosamente seu veículo (direção perigosa) até provocar, dentro do mesmo contexto fático, um acidente fatal (homicídio culposo na direção de veículo automotor). Neste caso, a direção perigosa é absorvida pelo homicídio culposo na direção de veículo automotor, restando apenas este último crime e, por conseguinte, a norma que o define. (Capez, 2009).

Segundo Bitencourt (2010), parte da doutrina argumenta que é impossível a absorção quando se tratar de bens jurídicos distintos, o que não convence a maioria dos doutrinadores. Desse modo, jamais se poderia, por exemplo, falar em absorção nos crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86), na medida em que todos eles possuem uma objetividade jurídica específica. Mas, na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção, pois

São diferentes os bens jurídicos tutelados na invasão de domicílio para a prática de furto, e, no entanto, somente o crime-fim (furto) é punido, como ocorre também na falsificação de documento para a prática de estelionato, não se punindo aquele, mas somente este. (BITENCOURT, 2010, p. 226).

Importante a explicação de Estefam (2010) ao ressaltar que não importa para a aplicação do princípio da consunção a disparidade das sanções cominadas, pouco importando se a norma a ser absorvida tenha pena maior ou menor. No conhecido texto da Súmula 17 do STJ²⁵, convém que se destaque, reconheceu-se que o crime de estelionato (pena de 1 a 5 anos de reclusão) pode absorver o crime de falsificação de documento (pena de 2 a 6 anos de reclusão).

²⁵ Estelionato - Potencialidade Lesiva

Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

4.2.4 O princípio penal da alternatividade

O princípio da alternatividade ocorre quando uma norma descreve várias formas de realização da figura típica, em que a realização de uma ou de todas configura um único crime. São os chamados tipos mistos alternativos, os quais descrevem crimes de ação múltipla ou de conteúdo derivado (Capez, 2009).

Esse princípio tem validade e aplicação prática nos chamados crimes de conteúdo múltiplo, ou seja, quando o sujeito, no mesmo contexto fático, realiza condutas correspondentes a vários verbos, cometendo um só crime e não vários. Ocorre que os verbos do delito, quando estamos diante de um único contexto fático, devem ser entendidos como alternativos (Gomes, 2007). Por exemplo,

[...] quem importa um quilo de cocaína e depois armazena, tem consigo, guarda, distribui, vende, cede etc., só responde por um crime de tráfico de entorpecentes, porque se trata de contexto fático único. Não interessa se se trata de uma única droga ou de várias: pode o agente importar um quilo de cocaína e um de maconha e realizar vários verbos em relação a essas drogas. Contexto fático único, crime único. (GOMES, 2007, p. 83).

Importante a intervenção no assunto feita por Capez (2009), onde o autor diz que não há propriamente conflito entre normas no princípio da alternatividade, mas conflito interno na própria norma, já que, em caso em que o agente importa heroína, transporta maconha e vende ópio, não resta dúvida de que o agente cometeu três crimes diferentes e vai responder por eles em concurso material, uma vez que não existe nexo causal entre as condutas.

4.3 O princípio penal da legalidade

O princípio da legalidade, ou da reserva legal, constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Seu reconhecimento constitui um longo processo de avanços e recuos, embora hoje constitua um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (Bitencourt, 2010).

A origem e o predominante significado do princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*²⁶, ou simplesmente o princípio da legalidade, foram fundamentalmente políticos, na medida em que se cuidou de obter a segurança política do cidadão através da certeza jurídica do próprio Estado, sendo esse princípio a consequência imediata da inviolabilidade da dignidade humana (Capez, 2009).

Definindo o que seria o princípio penal da legalidade, Bitencourt, em termos bem esquemáticos, diz que

[...] pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (BITENCOURT, 2010, P. 41).

A respeito desse princípio, agora normatizado constitucionalmente pelo art. 5º, inc. XXXIX²⁷, da CF/88, Capez ensina que

[...] somente haverá crime quando existir perfeita correspondência entre a conduta praticada e a previsão legal. Tal aspecto ganhou força com a teoria de Binding, segundo o qual as normas penais incriminadoras não são proibitivas, mas descritivas. [...] Cabe, portanto, à lei a tarefa de definir e não proibir o crime (“não há crime sem lei anterior que o defina”), propiciando ao agente prévio e integral conhecimento das consequências penais da prática delituosa e evitando, assim, qualquer invasão arbitrária em seu direito de liberdade. (2009, p. 40).

Assim, somente há crime quando perfeita a correspondência entre o fato e a descrição legal, tornando-se impossível sua existência sem lei que o descreva, ou seja, somente há crime nas hipóteses taxativamente previstas em lei (Capez, 2009).

Para Bitencourt (2010), são inadmissíveis, pelo princípio da legalidade, o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Desse modo, uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade estatal, já que não

²⁶ Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

²⁷ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

se aplica uma autodeterminação do direito de punir do Estado, além disso, permitiria que o juiz, ao fazer as interpretações que quiser, invadisse a esfera do Poder Legislativo, contrariando o princípio constitucional da divisão dos poderes.

Desse modo, a reserva legal impõe que a descrição da conduta criminosa pela lei penal seja detalhada e específica, não se coadunando com tipos genéricos, demasiadamente abrangentes.

De nada adiantaria exigir a prévia definição da conduta na lei se fosse permitida a utilização de termos muito amplos, tais como: “qualquer conduta contrária aos interesses nacionais”, “qualquer vilipêndio à honra alheia” etc. A garantia, nesses casos, seria meramente formal, pois, como tudo pode ser enquadrado na definição legal, a insegurança jurídica e social seria tão grande como se lei nenhuma existisse. (CAPEZ, 2009, p. 44).

Entretanto, não se desconhece que o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado (Bitencourt, 2010).

Para o autor, deve haver um equilíbrio entre a possibilidade ou não da utilização de conceitos normativos gerais, onde

Sugere-se que se busque um meio-termo que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e o uso equilibrado das ditas *cláusulas gerais* valorativas, de outro lado, além do que a *indeterminação* será inconstitucional. (BITENCOURT, 2010, p. 42).

Assim, salvo algumas exceções como o ato obsceno, no qual não se definem os elementos da conduta, os crimes deverão ser descritos detalhadamente, uma vez que os tipos penais excessivamente genéricos geram insegurança no meio social, deixando ao juiz larga e perigosa margem de discricionariedade.

4.4 O art. 243 do ECA: norma penal em branco ou tipo penal aberto

A dinâmica da sociedade, segundo Suzane Maria Carvalho do Prado (2011), não comporta mais um sistema penal baseado em tipos penais que utiliza expressões de alcance restrito, englobando poucos comportamentos na definição legal, os chamados tipos penais fechados. Mesmo sem perder o norte da legalidade, a sociedade de risco encaminha a tipicidade para a normatização; os elementos normativos do tipo assumem grau de imprescindibilidade; as categorias consolidadas já não se mostram verdadeiras e estáveis como imaginadas.

Desse modo, faz-se uso dos tipos penais abertos e, quando necessário, das normas penais em branco (Prado, 2011). Os quais serão, a partir desse momento, melhores conceituados e estudados com a finalidade de compreender a verdadeira natureza do art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Lei penal em branco é aquela cujo preceito primário é incompleto, embora o preceito secundário seja determinado. Tal lei tem de ser completada por outra lei ou por outra norma, já existente ou futura, da mesma hierarquia ou de hierarquia inferior (Estefam, 2010).

São aquelas de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser completadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal, ou seja, na lei penal em branco, o comportamento proibido vem apenas indicado, sendo a parte integradora elemento indispensável à conformação da tipicidade (Bitencourt, 2010).

Tratando sobre o conceito da norma penal em branco, Rogério Greco traz a seguinte definição

Normas penais em branco ou primariamente remetidas são aquelas em que há uma necessidade de complementação para que possa compreender o âmbito de aplicação do seu preceito primário. Isso significa que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de outro diploma. (2006, p. 25).

Existem duas espécies de leis penais em branco, segundo Estefam (2010), a homogênea e a heterogênea. Entendendo-se por lei penal em branco homogênea aquela cujo complemento se encontra descrito numa fonte formal da mesma hierarquia da mesma norma

incriminadora, ou seja, quando o complemento também está previsto numa lei ordinária ou outra normativa equivalente. Por exemplo, o art. 237 do Código Penal, que trata do crime de contrair casamento conhecendo a existência de impedimento de lhe cause a nulidade absoluta, cujo seu complemento se encontra no Código Civil, o qual enumera as causas de nulidade do matrimônio.

Enquanto que a norma penal em branco heterogênea para Estefam (2010) é aquela cujo complemento está descrito em fonte formal distinta daquela do tipo penal incriminador. Por exemplo, a Lei 11.343/2006, art. 33, que trata do tráfico ilícito de drogas, não indica quais seriam essas drogas ilícitas, delegando essa função a normas administrativas. Para tanto, o art. 1º, parágrafo único, dessa lei, dispõe que consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, enquanto o art. 66 deste mesmo texto legal remete à Portaria 344/98 do Ministério da Saúde.

Cabe ressaltar que essa portaria do Ministério da Saúde contém as substâncias que causam dependência e que foram consideradas nocivas o suficiente para serem proscritas ou rigorosamente controladas. Não quer dizer que a portaria contenha todas as substâncias que causam dependência, motivo pelo qual, por exemplo, o álcool e a nicotina não estão presentes no texto da portaria, embora sejam substâncias cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica.

Em contrapartida, entende-se como tipo penal aberto aquele a cuja definição empregam-se termos amplos, de modo a abarcar diversos comportamentos diferentes. Como descreve Catiane de Oliveira Preto (2008), o legislador, em razão de não poder prever todas as condutas possíveis de ocorrerem no mundo real, cria tipos penais não descrevendo de forma completa e precisa o comportamento do agente, limitando-se a trazer requisitos normativos, de forma a exigir do aplicador do direito a realização do juízo normativo e a complementação da conduta proibida.

Tipos abertos contêm a descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo para o intérprete o encargo de completar o tipo, dentro dos limites e das indicações nele próprio contido, não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que

o juiz o faça, para o que deverá recorrer a pautas ou regras gerais que estão fora do tipo penal (Prado, 2011).

Para Preto (2008), o tipo penal aberto se revela quando somente uma parte da norma está legalmente descrita, devendo haver a complementação dela através de uma atividade valorativa do juiz, como seria o caso do art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual ficaria a cargo do magistrado a definição de quais seriam esses “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica”.

Definição essa que difere da norma penal em branco, onde a descrição típica é completa, porém uma expressão ou termo precisa ter o seu conteúdo complementado por outras normas, como é o caso da Lei de Drogas, a qual remete expressamente à complementação da figura típica de tráfico de drogas ao poder executivo da união, através da Portaria 344/98 do Ministério da Saúde (Preto, 2008).

Ao contrário do que ocorre com as normas penais em branco, a redação do artigo 243 da lei 8.069/90 não faz remissão a nenhum outro dispositivo legal, seja lei, regulamento, ou portaria, de forma que sua complementação há de ser buscada em critérios estabelecidos na doutrina, tanto jurídica quanto de outros ramos de conhecimento, tal qual a saúde, medicina, ciências agrárias etc (Prado, 2011).

Com base nessa diferenciação entre tipos penais abertos e normas penais em branco, pode-se observar que o tipo penal do art. 243 do ECA não é uma norma penal em branco, mas sim um tipo penal aberto, sobre o qual o magistrado deve utilizar-se para completar o tipo penal e individualizar a figura típica, uma vez que a lei não remete sua complementação à outra norma.

Desse modo, não fica o magistrado sujeito ao rol estabelecido na Portaria 344/98 do Ministério da Saúde, uma vez que esta não contém todas as substâncias que causam dependência, mas somente aquelas que foram consideradas nocivas o suficiente à saúde para serem proscritas ou, no mínimo, rigorosamente controladas. Motivo pelo qual poderá o juiz considerar, para fins de tipificação no art. 243 do ECA, em tese, a bebida alcoólica como substância que causa dependência, embora esta não esteja prevista na referida portaria do Ministério da Saúde.

Apesar do aparente conflito entre o tipo penal do art. 243 do ECA e o art. 63, inc. I, da LCP, gerado pela ilusória possibilidade de serem ambos aplicáveis ao mesmo fato em concreto, pode-se constatar que o tipo contravencional é especial em relação à norma do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Observa-se que a norma da Lei das Contravenções Penais contém todos os elementos da norma estatutária, acrescida de mais alguns que torna a norma contravencional especial em relação àquela, sendo esses elementos especiais à utilização do verbo vender e à utilização específica de bebida alcoólica. Em contrapartida, a norma do ECA utiliza-se de expressões genéricas para configurar o tipo penal, entre eles a expressão produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica.

Ademais, pode-se dizer que o princípio da legalidade, o qual constitui uma efetiva e relevante limitação no poder punitivo estatal, assegura que a lei deve prever com antecedência e precisão, de forma cristalina, a conduta proibida, assim como a sanção em caso de descumprimento desta. Ou seja, ambas as condutas têm esses requisitos respeitados, com exceção do requisito precisão, em que é a norma contravencional a norma mais precisa, cristalina, que estabelece uma maior segurança jurídica ao cidadão e, portanto, a que deve ser considerada aplicável à conduta de vender bebida alcoólica para crianças ou adolescentes.

5 CONCLUSÃO

A criança e o adolescente tiveram uma grande evolução na conquista de seus direitos ao longo da história. Em especial, o estabelecimento da Doutrina da Proteção Integral pela Constituição Federal em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essas normas, além de tornar esses indivíduos sujeitos de direitos (e não mais objetos do direito), são responsáveis pela nova postura do estado e da sociedade frente às dificuldades por eles enfrentadas, garantindo uma forte atuação estatal frente às violações dos direitos das crianças e dos adolescentes, adotando a postura e as medidas que melhor satisfaçam seus interesses.

Conforme constatado, a relação do álcool com o ser humano se estende desde os primórdios da sociedade. E seu uso é, independentemente dos padrões de consumo, cotidianamente relacionado às condutas de risco por parte de seus usuários.

Mas, durante a infância e a adolescência, fases fundamentais na formação da identidade e no desenvolvimento da personalidade dos seres humanos, em que esses apresentam maior plasticidade, flexibilidade e maleabilidade quanto à estrutura da sua individualidade, é que constata-se que o consumo do álcool se torna ainda mais prejudicial ao organismo, além de ser a chamada “porta de entrada” para outras drogas ilícitas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado visando estabelecer normas específicas de proteção à criança e ao adolescente, passando a criar normas incriminadoras para condutas lesivas ao interesse desses sujeitos.

Entre os demais tipos penais criados pelo ECA, encontra-se o art. 243, o qual criminaliza a conduta de vender à criança ou ao adolescente produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica. Nota-se que o álcool é uma substância que causa dependência física, além de ser uma substância altamente prejudicial a esses seres em desenvolvimento.

Apesar disso, o art. 63, inc. I, da Lei das Contravenções Penais, tipifica a conduta de vender bebidas alcoólicas para menores (criança e adolescente). O ECA, uma vez que não revogou de forma expressa a norma contravencional, não o fez também tacitamente.

Os motivos pelos quais não ocorreu essa revogação são evidentes. Primeiro porque se quisesse que ocorresse tal revogação, como já foi dito, o Estatuto da Criança e do Adolescente

o faria de forma expressa. Segundo porque não distinguiu bebida alcoólica de produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ao contrário do que o fez no art. 81 do mesmo diploma legal, onde fez a distinção entre essas duas substâncias de forma explícita.

Desse modo, constata-se que, mesmo sendo uma lei especial, o ECA não derroga o delito da Lei das Contravenções Penais, uma vez que o art. 243 do ECA não abrange bebidas alcoólicas, em função da distinção feita pelo próprio estatuto no seu art. 81.

Com relação aos princípios incidentes no conflito aparente entre normas penais, constata-se que o princípio da especialidade da lei penal afasta a norma geral contida no art. 243 do ECA e, conseqüentemente, aponta como aplicável ao caso concreto a norma do art. 63, inc. I da LCP, o qual possui todos os elementos da norma estatutária, acrescido do elemento especializante “bebidas alcoólicas”.

Quanto ao princípio da legalidade, ou da reserva legal, este constitui importante ferramenta para limitar o poder punitivo estatal, determinando que a norma penal seja precisa e descreva de forma cristalina a conduta proibida, o que é constatado, em relação à venda de bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes, somente na norma contravencional.

Verifica-se que não é possível a utilização de um tipo penal aberto, como é o caso do art. 243 do ECA, no qual ficaria a critério do magistrado a complementação da norma, em prejuízo a um tipo penal claro e bem definido como é o caso do art. 63, inc. I, da LCP, o qual garante a segurança jurídica necessária ao cidadão, fazendo com que este possua prévio e integral conhecimento das conseqüências penais da prática delituosa.

Portanto, apesar da Doutrina da Proteção Integral indicar que a melhor tipificação para a conduta de vender bebidas alcoólicas para crianças e adolescentes seja a prevista no art. 243, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é inegável a impossibilidade de tal enquadramento, uma vez que o próprio ECA não revogou a norma contravencional, assim como o princípio penal da legalidade e o princípio penal da especialidade, os quais dão a segurança jurídica necessária ao Direito Penal, deixam clara a possibilidade única de tipificação no art. 63, inc. I, da Lei das Contravenções Penais.

Referências

- AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITÁRIA. Portaria n. 344 de 12 de maio de 1988. **Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial**. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br>>. Acesso em: 10 de out. 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL, Constituição Federal, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____, Lei Federal n. 8.069, de 13 de setembro de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. In: Brasil. **Código Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____, Decreto Lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. In: Brasil. **Código Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- ESTEFAM, André. **Direito penal: Parte Geral**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Crimes contra a criança e o adolescente**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.
- GOHN, Maria da Glória. **Movimento de meninos e meninas de rua do Brasil**. In: GOHN, Maria da Glória. **Os Sem-Terra, ONGs e Cidadania**. São Paulo: Editora Cortez, 1997, p. 111-132.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Geral**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente – doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- LIBERATI, Wilson Dinizeti; Cyrino, Públio Caio Bessa. **Conselhos e Fundos no estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- LORENZI, Gizella Werneck. **Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil**, 2007. Disponível em < <http://www.promenino.org.br>>. Acesso em: 30 mar. 2012.
- LOPES, Jacqueline Paulino; FERREIRA, Larissa Monforte; **Breve histórico dos direitos das crianças e dos adolescentes e as inovações do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei**

12.010/09. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. São Paulo: RT, n. 7, mar. 2010, p. 70 – 86.

MARTINS, Daniele Comin. **Estatuto da Criança e do Adolescente & Política de Atendimento.** 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

MAURINA, Leda Rúbia Corbulin. **Educação e Políticas Públicas de Redução de Riscos e Danos no Uso Abusivo de Bebidas Alcoólicas entre Estudantes Universitários.** 2007. 97 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de Passo Fundo, 2007.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Contextualização do Debate sobre Violência contra Crianças e Adolescentes.** Violência faz mal à saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 13 – 16.

SILVEIRA FILHO, Dartiu Xavier da. **Dependência: Compreensão e assistência às toxicomanias (uma experiência do PROAD).** São Paulo: Casa do Psicólogo, 1996, p. 104 - 125.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direitos da Criança e do Adolescente.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

PRADO, Suzane Maria Carvalho do. **Bebidas alcoólicas e o artigo 243 da lei 8.069/90.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 45, dez. 2011. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/educacao045/suzane_prado.html> Acesso em: 21 ago. 2012.

PRETO, Catiane de Oliveira. **Fornecimento de Bebida alcoólica para Crianças e Adolescentes: Crime previsto no Art.243 do ECA.** Curitiba: Assessora Jurídica do CAOP Criminais, do Júri e de Execuções Penais do Ministério Público do Estado do Paraná, 2008. Disponível em: <<http://www.criminal.caop.mp.pr.gov.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Lei das Contravenções Penais Interpretada.** 1. ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEIBEL, Sergio Dario; TOSCANO JUNIOR, Alfredo. **Dependência de Drogas.** 1. ed. São Paulo: Atheneu, 2000.

SILVA, Ivana Martini de Andrade. **Abandono e Legislação: uma contribuição ao estudo da problemática do menor.** Assis: Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de História da Faculdade de Ciências e Letras de Assis da Universidade Estadual Paulista, 1991.

SILVA JUNIOR, Edson Miguel da. **Servir bebida alcoólica a menor de 18 anos: crime ou contravenção?**. Boletim IBCRIM, n. 104, São Paulo, julho 2001.

ZAUPA, Fernando Martins. **Fornecimento de bebida alcoólica para crianças é crime – jamais contravenção penal**. Campo Grande: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2009. Disponível em: <www.fesmp.com.br/canais/artigos>. Acesso em: 05 abr. 2012.