

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO E O TRÁFICO DE DROGAS

Felipe Miranda Ferreira¹

RESUMO

Como resposta a um ato infracional praticado por adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um rol taxativo de medidas socioeducativas, quais sejam: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. A internação é excepcional, tanto que o legislador estabeleceu um rol estreito e taxativo de hipóteses para sua aplicação. Os adolescentes internados são colocados em celas, sob forte vigilância e rotina totalmente controlada. O presente estudo buscou analisar a possibilidade jurídica de aplicação da medida extrema de internação aos adolescentes envolvidos com o tráfico de drogas (arts. 33 a 39, da Lei nº 11.343/2006).

É certo que o tráfico de drogas não possui, em suas elementares, a grave ameaça ou violência à pessoa, portanto, não se pode deixar de apontar a ausência de base legal para a aplicação da medida privativa de liberdade em casos de adolescentes que tenham praticado tal conduta, a não ser pela via da reiteração infracional, uma vez que o ato infracional em questão, por si só, não se adéqua às hipóteses taxativamente previstas.

Por fim, conclui-se que a interpretação extensiva do sentido de “violência ou grave ameaça à pessoa” ignora os princípios básicos de hermenêutica jurídica, pois as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente (SOARES, 1998, p. 244).

Palavras-chave: Internação. Tráfico. Ato infracional. Medida socioeducativa.

ABSTRACT

In response to an offense committed by a teenager, the statute provides for an exhaustive list of educational measures, namely: warning obligation to repair the damage, provide community service, probation, and semiliberty hospitalization. The hospital is exceptional, both the legislature established a close and exhaustive list of hypotheses for their application. Teenagers hospitalized are placed in cells under strong surveillance and routine completely controlled. The present study investigates the possibility of legal enforcement to the extreme measure of inpatient adolescents involved in drug trafficking (Articles 33-39 of Law No. 11.343/2006).

It is true that drug trafficking does not have in its elementary, serious threat or violence to the person, so you can not fail to point out the lack of legal basis for the implementation of a custodial sentence in cases of adolescents who have committed such conduct, except by way of reiteration offense since the offense in question, by itself, does not fit the assumptions set out exhaustively.

Finally, we conclude that the broad interpretation of the meaning of "violence or serious threat to the person" is letting go of the basic principles of legal hermeneutics, as rules that restrict rights must be interpreted restrictively (SOARES, 1998, p. 244).

Keywords: Hospitalization. Trafficking. Offense. By social.

¹ Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça. Formado em direito pela Faculdade Opel.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará as hipóteses legalmente previstas para a aplicação da medida socioeducativa de internação quando da prática – por adolescentes – do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas (arts. 33 a 39 da Lei nº 11.343/2006).

Trata-se de um trabalho de cunho bibliográfico, inspirado na recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, à revelia do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça², passou a admitir a aplicação da medida extrema a esses adolescentes. A Corte paranaense entendeu que se trata de conduta muito grave e, por essa razão, a resposta estatal precisa ser a mais drástica possível, a fim de coibir tal prática.

A presente pesquisa abordará os aspectos históricos mais relevantes acerca da evolução do direito infantojuvenil, além de explorar as diversas medidas previstas na Lei nº 8.069/90 e os posicionamentos jurídicos acerca do ato infracional. Por fim, enfrentará seu objeto temático principal.

Em síntese: a missão deste trabalho acadêmica é analisar a decisão do Tribunal de Justiça paranaense e o conteúdo da Súmula nº 492 do Superior Tribunal de Justiça e posicionar-se quanto às medidas mais adequadas aos casos de adolescentes envolvidos com o tráfico de drogas.

2 A SÍNTESE HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO INFANTOJUVENIL NO BRASIL

Faz-se necessária uma síntese da evolução histórica do direito infantojuvenil no Brasil, a fim de ambientar a pesquisa, proporcionando maior compreensão quanto às conquistas vislumbradas nessa área. Tal análise, no entanto, será cronológica e focada principalmente na questão da infração juvenil, tendo em vista a sua relação direta com o objeto central deste estudo.

Os registros históricos apontam que, até o século XVIII, não havia, no Brasil, legislações específicas acerca de crianças e adolescentes:

Não encontramos registros históricos, até o século XVIII, que apontassem para uma distinção normativa entre a punição aplicada aos adultos e às crianças e adolescentes. Ao que tudo indica, as crianças e adolescentes envolvidos em práticas

² Súmula nº 492, do STJ: “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”.

delituosas estavam sujeitas às mesmas regras que os adultos, ante a inexistência de regulação especial, e a aplicação da justiça criminal a adultos e crianças, indistintamente, abria a possibilidade de imposição de qualquer das penas, a qualquer delinqüente (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2007, p. 536).

2.1 Século XIX

A primeira Constituição brasileira — outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824 — omitiu-se com relação à inimizabilidade penal de crianças e adolescentes. O Código Criminal do Império, promulgado em 1830, faz referência à menoridade ao declinar que os menores de quatorze anos não seriam julgados criminosos, não podendo assim, serem submetidos a sanções criminais (PACHI, 1998, p. 178)³.

Contudo, o art. 13 previa que “se provar que os menores de quatorze annos que tiverem cometido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos as casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete annos”.

Em 1890, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil estabeleceu, em seu art. 27, par. 1º e 2º, que não seriam criminosos os menores de nove anos completos e os maiores de nove e menores de quatorze que agiram sem o completo discernimento (VERONESE, 1999, p. 19).

2.2 A primeira metade do século XX

O início do século XX também não registrou progressos legislativos na seara infantojuvenil. As normas do Código Civil de 1916 se resumiam a tratar da submissão que os filhos deviam a seu pai (pátrio poder). Paralelamente, a Assembléia da Liga das nações adotou o texto da Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, em 26 de setembro de 1924, o qual, através de cinco artigos, previu regras de conduta para a humanidade portar-se em relação às crianças (MACHADO, 2003, p. 34).

O primeiro Código de Menores⁴ surgiu em 1927, também conhecido como “Código de Mello Mattos”. Em seu texto, nota-se que não há diferenciação entre os

³ Código Criminal de 1830, art. 10: “Tambem não se julgarão criminosos:

1º Os menores de quatorze annos”

⁴ Apenas a partir da Constituição Federal de 1988 que o ordenamento jurídico brasileiro passou a substituir (gradativamente) a expressão “menor” pelas de “criança” ou “adolescente”.

“menores delinqüentes” e os “menores abandonados”, dando a entender que estes certamente se tornarão aqueles. Foi a primeira lei que desvinculou os “menores” das normas de direito criminal, além de inaugurar a idéia de assistência do Estado (PACHI, 1998, p. 178).

Uma breve leitura do texto desse Código é suficiente para perceber que a lei confundia conceitos e “propiciava encaminhamento das crianças desvalidas, órfãs e vadias, além dos delinqüentes, aos mesmos estabelecimentos correccionais” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2007, p. 538).

Em 1940, com a promulgação do Código Penal (hoje vigente), limitou-se de uma vez por todas a idade mínima de imputabilidade penal para dezoito anos (art. 27), legando os “menores” à legislação especial (PACHI, 1998, p. 179).

2.3 A segunda metade do século XX

Em 1979 surgiu um novo Código de Menores, mas com os mesmos equívocos do passado, como, por exemplo, dar “ao Juiz enorme poder no início e na condução do processo, sem garantias processuais aos menores, que não foram divididos em faixas etárias. Sob a égide dessa lei, muitos abusos foram praticados” (PACHI, 1998, p. 180).

Seus dois primeiros artigos traziam expressamente a intitulada doutrina da situação irregular, conforme adiante se vê:

Art. 1º. Este código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I – até dezoito anos de idade, que se encontre em situação irregular;

II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei;

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

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

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

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

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

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

III – em perigo moral, devido a:

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

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

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

V – autor de infração penal.

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

Um aspecto importante a ser observado nos dispositivos acima transcritos, é que a doutrina da situação irregular não distingue as crianças e adolescentes em situação de abandono daqueles em confronto com a lei (VERONESE, 1997, p. 14).

2.3.1 A constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente

No início da década de 1980, com o nascimento de movimentos populares e das primeiras organizações não-governamentais, começam a surgir denúncias sobre a forma de tratamento a crianças e adolescentes no Brasil. Em 1978, Ano Internacional da Criança, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) voltou seus olhos à situação da infância e juventude nos países em desenvolvimento e o Brasil começa a repensar sua política para esse segmento (VERONESE, 1997, p. 16).

O país – que já vivia um momento de ruptura política que culminou com o fim da ditadura militar – inspirado pela nova ordem social vigente no mundo ocidental, inaugurou a doutrina da proteção integral, com status constitucional, prevista no art. 227 da Carta Magna promulgada em 05 de outubro de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, **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 (sem grifos no original).

Desde então, cabe ao Estado promover programas de assistência integral à criança e ao adolescente. A norma constitucional representou uma revolução na setorialização das políticas públicas destinadas ao atendimento às necessidades de crianças e adolescentes (PACHI, 1998, p. 181).

2.3.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente

Ante a constitucionalização, a legislação infantojuvenil então vigente não se mostrava mais hábil a atender os anseios sociais, tanto no ambiente interno como na esfera internacional.

Assim, foi aprovada no Congresso Nacional a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, com texto notoriamente desapegado da estrutura jurídica do Código de Menores que sucedeu. O Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado, atualmente, a

fiel compilação de todas as novas tendências na defesa da dignidade de crianças e adolescentes (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2007, p. 539). Trata-se de uma das Leis mais modernas do mundo acerca da matéria (PACHI, 1998, p. 181). Salta aos olhos a evolução técnica do legislador, que abandonou a expressão “menor” para fazer uso das expressões “criança” ou “adolescente” (MACHADO, 2003, p. 33).

Interessante observar que o legislador (a exemplo do que já havia feito o constituinte, quando da promulgação do art. 227, de nossa Carta Magna) deixou de utilizar, propositalmente, o termo ‘menor’, que possui uma conotação pejorativa e discriminatória, incompatível, portanto, com a nova orientação jurídico-constitucional (DIGIÁCOMO, 2010, p. 12).

Eis a história da proteção jurídica infantojuvenil, que não se encerrou, continua a ser escrita no Brasil e no mundo.

3 O ATO INFRACIONAL

Antes de ingressarmos no tema central deste estudo, é necessário trazer a este palco acadêmico o conceito legal e as abordagens doutrinárias acerca do ato infracional.

Segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Assim, de forma clara e objetiva o legislador conceituou ato infracional como a conduta que, se fosse praticada por imputáveis, estaria tipificada como crime ou contravenção penal.

Tal garantia representa um avanço relevante, uma vez que a Lei anteriormente vigente (Lei nº 6.697/1979 – Código de Menores) permitia que o Poder Judiciário equipara-se adolescentes infratores aos com “desvio de conduta”, admitindo que estes também tivessem contra si aplicada a medida de internação, que, como veremos adiante, é medida equiparada ao regime prisional fechado para imputáveis. Como exemplo, veja-se o art. 41 do famigerado Código:

Art. 41. O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em

despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

Contudo, qual a definição jurídica de “desvio de conduta”? A norma revogada não delimitou seus contornos, admitindo ampla e, em alguns casos, perversa exegese. A título de exemplificação: um adolescente que fosse encontrado em um estabelecimento impróprio para sua faixa etária, como um prostíbulo, era considerado um “menor com desvio de conduta”, fazendo jus a sofrer as mais diversas sanções previstas na Lei.

Tal realidade expõe a desproporcionalidade da norma revogada, pois o “menor”, no exemplo mencionado, se adulto fosse não sofreria qualquer penalidade, mas pelo simples fato de ter menos de 18 anos de idade, era equiparado a um infrator.

No Título III do Estatuto vigente (arts. 103 a 128), passa-se a tratar da prática do ato infracional pelo adolescente, dispondo de seus direitos individuais, garantias processuais e as medidas socioeducativas⁵ que poderão ser-lhes aplicadas (MILANO FILHO; MILANO, 1996, p. 107).

O promotor de justiça Murillo José Digiácomo, reconhecido militante na área da infância e juventude, destaca a importância de se utilizar a expressão “ato infracional” e não “crime”, quando referir-se a criança ou adolescente, pois entende que o uso adequado da expressão favorece e destaca o “caráter *extrapenal* da matéria”:

Toda conduta que a Lei (Penal) tipifica como crime ou contravenção, se praticada por criança ou adolescente é tecnicamente denominada “ato infracional”. Importante destacar que esta terminologia própria não se trata de mero “eufemismo”, mas sim deve ser encarada como uma norma especial do Direito da Criança e do Adolescente, que com esta designação diferenciada procura enaltecer o caráter *extrapenal* da matéria, assim como do atendimento a ser prestado em especial ao adolescente em conflito com a lei (DIGIÁCOMO, 2010, p. 146-147).

O Estatuto da Criança e do Adolescente reproduz a norma constitucional prevista no art. 228 da Carta Magna, ao dispor em seu art. 104 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”.

Quanto ao tempo em que o ato é praticado, o Estatuto e o Código Penal adotam o mesmo princípio, o da atividade. Vale dizer, considera-se praticado o crime/ato infracional no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o resultado (art. 4º do Código Penal e art. 104, par. Único, do ECA). Portanto, ainda que o adolescente

⁵ Trataremos das medidas socioeducativas em capítulo próprio.

complete 18 anos no dia seguinte à prática do ato infracional, sua conduta será apurada com base no Estatuto da Criança e do Adolescente (LIBERATI, 2010, p. 112).

3.1 O ato infracional praticado por criança

E quando o ato infracional for praticado por pessoa com idade inferior a 12 anos, isto é, por uma criança? O art. 105 do ECA responde essa questão, dispondo que “ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101”.

Assim, a Lei estabelece que não há qualquer impropriedade técnica em atribuir-se a crianças a prática de atos infracionais, contudo, elas só poderão ser submetidas as medidas específicas de proteção (previstas no art. 101). Vale destacar, nessa oportunidade, que o rol de medidas de proteção é exemplificativo, podendo ser aplicadas medidas outras que se mostrem adequadas às necessidades pedagógicas da criança ou adolescente (DIGIÁCOMO, 2010, p. 139).

As medidas de proteção sugeridas pelo Estatuto são: I) encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II) orientação, apoio e acompanhamento temporários; III) matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV) inclusão em programa comunitário; V) requisição de tratamento médico; VI) inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII) acolhimento institucional; VIII) inclusão em programa de acolhimento familiar e; IX) colocação em família substituta (art. 101, do ECA).

Sobre o tema, interessante a manifestação de Conceição A. Mousnier, juíza de direito, ao sustentar que

andou bem a lei estatista em não estender à criança infratora, menor de 12 anos, as medidas mais severas previstas nos incisos II a VI do art. 112. Quanto à medida de advertência, porém, o legislador melhor agiria se a tivesse prescrito também para a criança infratora (MOUSNIER, 1991, p.106).

A magistrada argumenta que a medida de advertência seria mais eficaz quando aplicada a crianças do que a adolescentes e, por isso, o Estatuto deveria ter admitido esta possibilidade, mas não o fez.

A medida de advertência e as demais medidas socioeducativas encontram previsão no art. 112 da Lei em comento e, como estão intimamente relacionadas ao objeto central desta pesquisa, serão tratadas em capítulo próprio.

4 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO E SEMIABERTO

As medidas socioeducativas encontram como destinatário o adolescente infrator que, dependendo da gravidade do ato infracional ou sua reiteração, poderá receber a medida de maior ou menor intensidade. Vale destacar que somente a autoridade judiciária é competente para sua aplicação (MILANO FILHO; MILANO, 1996, p. 121-122).

Tais medidas estão previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal nº 8.069/90) em rol taxativo, são elas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. Como já destacado no capítulo anterior, apenas adolescentes (pessoas de 12 a 18 anos de idade incompletos, na época do ato infracional) podem sofrer a aplicação de uma medida socioeducativa.

Sobre os objetivos nucleares das medidas socioeducativas, valiosa a lição do promotor de justiça Mario Luiz Ramidoff:

Para além da dimensão externa de toda e qualquer medida socioeducativa, o que se encontra como sendo o próprio núcleo irredutível que lhe caracteriza a qualidade específica de proteção – e já não é ou pode ser caracterizada por sua natureza sancionatória, como querem alguns – são, precisamente, as suas razões mais profundas pelas quais se originou e sustenta, quais sejam os valores humanos, senão, fundamentais à constituição de qualquer pessoa humana que não só crianças e adolescentes. Contudo, não se pode olvidar que as medidas socioeducativas são destinadas justamente àquelas pessoas humanas que se encontram numa fase peculiar de suas vidas – a adolescência – cuja situação circunstancial é marcada pela temporalidade e pela condição particularmente especial de desenvolvimento da personalidade (RAMIDOFF, 2005, p. 78).

Nesse sentido, é correto afirmar o que já se encontra pacificado na doutrina e jurisprudência: as medidas socioeducativas não são penas a serem aplicadas aos adolescentes, estão fundamentadas na socioeducação, na recuperação do adolescente em conflito com a Lei, sujeito que conquistou, com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito de ser tratado com dignidade, respeito e,

principalmente, de obter oportunidades oferecidas pelo Estado, antes que ele atinja a maioria e então, seja inserido no sistema criminal, onde (aí sim) o viés é sancionatório.

Portanto, em última análise, uma medida socioeducativa nunca deve ser aplicada contra um adolescente, e sim em benefício dele.

Apesar da presente pesquisa tratar especificamente da medida de internação – intervenção estatal extrema e excepcional que culmina com a privação de liberdade do adolescente – valioso sintetizarmos, inicialmente, as principais características das medidas executáveis em meio aberto e semiaberto.

4.1 Da advertência

A medida socioeducativa de advertência consiste em reprimenda verbal, que deverá ser reduzida a termo e assinada pelo magistrado, pelo promotor de justiça, pelo adolescente e por seus pais ou responsáveis (art. 115, do ECA).

Segundo Wilson Donizeti Liberati,

a medida de advertência é recomendada, via de regra, para os adolescentes que não têm histórico criminal e para os atos infracionais considerados leves, quanto à sua natureza e consequência.

Trata-se, portanto, de medida que não incide em maiores consequências, pois repercute apenas psicologicamente no adolescente.

A advertência é a única das medidas socioeducativas que deve ser executada diretamente pela autoridade judiciária. O magistrado deve estar presente à audiência admonitória, assim como o promotor de justiça e os pais ou responsável pelo adolescente, devendo ser este alertado das consequências da eventual reiteração na prática de atos infracionais (DIGIÁCOMO, 2010, p. 161).

Nessa oportunidade, remetemos o leitor ao posicionamento tratado no capítulo anterior, de que o legislador estatutário deveria ter permitido a aplicação da medida socioeducativa de advertência também para crianças em conflito com a Lei.

4.2 Da obrigação de reparar o dano

Acerca da medida socioeducativa de obrigação de reparar o dano, dispõe o art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

A medida em questão admite a possibilidade de impor ao adolescente autor de ato infracional, como medida socioeducativa, a obrigação de suportar o prejuízo causado à vítima, seja pela restituição da coisa subtraída, seja pelo respectivo ressarcimento (CURY, 2005, p. 392).

Se compararmos com o que acontece no âmbito do direito penal e processual penal, verificar-se-á que a “obrigação de reparar o dano” ganha, no Estatuto, característica especial, seja quanto a sua natureza, seja quanto a maneira de sua efetivação (CURY, 2005, p. 393).

O promotor de justiça Miguel Moacyr Alves Lima explica essa diferença (CURY, 2005, p. 393):

Embora o ato ilícito imputado ao adolescente corresponda, ontologicamente, ao mesmo ato que no Direito Penal se considera crime ou contravenção penal, não há de confundir-se o tratamento dado pelos dois sistemas jurídicos à obrigação de reparar o dano. Na esfera do Direito punitivo, essa obrigação é efeito extrapenal da sentença condenatória transitada em julgado (...).

No caso do Estatuto, a obrigação de reparar o dano é medida socioeducativa que pode ser aplicada ao adolescente autor de ato infracional (...). Com isso, aprimora-se a metodologia jurídico-processual, favorecendo-se ainda mais para a vítima a recuperação das perdas e propiciando-se que, de imediato, o adolescente perceba os efeitos sociais e econômicos de seus atos.

O douto representante do Ministério Público catarinense sustenta também que a medida em comento pode ser aplicada na fase pré-processual, pelo próprio *parquet*, conjugada com o benefício da remissão (CURY, 2005, p. 394). Posição da qual se discorda, e com veemência. Quanto ao tema, nos filiamos ao posicionamento adotado por Paulo Lúcio Nogueira, para quem “a medida de obrigação de reparar o dano deve ser imposta em observância ao contraditório, pois cabe ao adolescente fazer a sua defesa devidamente assistido por advogado” (NOGUEIRA, 1991, p. 148).

Como já registrado, essa medida socioeducativa só pode ser aplicada quando o ato infracional contiver “reflexos patrimoniais”. Dessa forma, entendemos que não cabe sua aplicação para adolescente em conflito com a Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas), razão pela qual não está diretamente relacionada com o objeto nuclear do presente estudo.

4.3 Da prestação de serviços à comunidade

A medida de prestação de serviços à comunidade está conceituada no art. 117 do Estatuto, que dispõe:

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

Referido dispositivo reproduz o enunciado do art. 46 do Código Penal, e pretende a ressocialização do sentenciado através de um conjunto de ações e medidas, com o objetivo de reintegrá-lo a sociedade.

O doutrinador Wilson Donizeti Liberati ensina que essa medida “configura-se como ação alternativa da prisão ou da internação, permitindo que o infrator cumpra junto à família, no emprego e na comunidade, as imposições restritivas de seus direitos” (2010, p. 127).

Assim, observa-se que a prestação de serviços à comunidade é uma medida alternativa à de internação, que impõe uma prestação positiva a ser cumprida pelo adolescente, com forte viés ressocializador, capaz de recuperar o infrator que possui envolvimento com o tráfico de drogas. Pode, inclusive, despertá-lo para um ofício, relacionado ao serviço que lhe for indicado.

Portanto, tem-se nessa medida socioeducativa uma interessante resposta ao ato infracional objeto deste estudo, servindo de alternativa à medida extrema de internação. Isso porque a prestação de serviços à comunidade surgiu como alternativa à prisão e à internação, ante a falência dos meios de repressão estatal, tanto para o adulto quanto para o adolescente. Dessa forma, o legislador brasileiro demonstra evolução técnica e normativa, além de maior afinidade com a ordem constitucional vigente (PRATES, 2002, p. 146-147).

Sua fiscalização deve ser operada pela comunidade beneficiada e pelos educadores sociais que, em conjunto, poderão proporcionar ao adolescente infrator uma modalidade de cumprimento da medida em meio aberto. O trabalho deve ser gratuito e refletir em ônus para o adolescente, que sentirá as exigências da retribuição sem se corromper, e não uma relação meramente empregatícia (LIBERATI, 2010, p. 129).

Wilson Donizeti Liberati alerta que a medida de prestação de serviços à comunidade “não deve, contudo, ser imposta contra a vontade do adolescente, do contrário, corresponderia a trabalho forçado e obrigatório, o que seria proibido” (2010, p. 130).

Por fim, cumpre assinalar que o dispositivo acima colacionado (art. 117 do ECA) determina expressamente que a medida não ultrapasse o período de seis meses, numa evidente limitação à discricionariedade do magistrado.

4.4 Da liberdade assistida

A liberdade assistida foi concebida para oportunizar ao infrator sua ressocialização em meio aberto e está conceituada e delimitada nos arts. 118 e 119 do Estatuto, *in verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

IV – apresentar relatório do caso.

Da análise cuidadosa desses dispositivos, depreende-se que a liberdade assistida é medida socioeducativa que pressupõe o acompanhamento de um profissional especializado, chamado pelo Estatuto de “orientador” (DIGIÁCOMO, 2010, p. 162).

Outro ponto de destaque é a nomenclatura eleita pelo legislador. Não foi por acaso que o legislador nominou essa medida como liberdade “assistida”, e não liberdade “vigiada” (prevista no art. 25, da Lei de Introdução ao Código Penal). O cerne dela não é vigiar o adolescente pela polícia militar e/ou demais órgãos de repressão, mas sim assistir, cuidar, zelar, orientar o adolescente em conflito com a Lei, pessoa em peculiar condição de desenvolvimento e que já demonstrou, através de sua conduta, que precisa de assistência especializada (DIGIÁCOMO, 2010, p. 163-164).

Trata-se de medida indicada para adolescentes que se encontram evadidos do ambiente escolar (art. 119, inc. II, do ECA), inseridos em grupos sociais comprometidos com a criminalidade e/ou façam uso de substâncias entorpecentes.

Nesse sentido, os ensinamentos do promotor de justiça Murillo José Digiácomo:

A liberdade assistida é a medida que melhor traduz o espírito e o sentido do sistema socioeducativo estabelecido pela Lei nº 8.069/1990 e, desde que corretamente executada, é sem dúvida a que apresenta melhores condições de surtir os resultados positivos almejados, não apenas em benefício do adolescente, mas também de sua família e, acima de tudo, da sociedade. Não se trata de uma mera 'liberdade vigiada', na qual o adolescente estaria em uma espécie de 'período de prova', mas sim importa em uma intervenção efetiva e positiva na vida do adolescente e, se necessário, em sua dinâmica familiar, por intermédio de uma pessoa capacitada para acompanhar a execução da medida, chamada de 'orientador', que tem a incumbência de desenvolver uma série de tarefas, expressamente previstas no art. 119 do ECA (2010, p. 163).

Por todo o exposto, não há dúvida de que a liberdade assistida também se apresenta como interessante solução aos casos de adolescentes envolvidos com o tráfico de drogas.

4.5 Da semiliberdade

A semiliberdade está prevista no art. 120 do Estatuto e é definida de forma didática pelo prof. Guilherme Freire de Melo Barros, *in verbis*:

É uma medida socioeducativa que priva, em parte, a liberdade do adolescente. De fato, assemelha-se ao regime semiaberto de cumprimento de pena de maiores capazes. O adolescente trabalha e estuda durante o dia e, no período noturno, fica recolhido em entidade especializada (2012, p. 166).

Mencionado doutrinador aponta que a principal diferença dessa medida para a de internação é que esta restringe a liberdade do adolescente de forma coercitiva, podendo contar com o uso de celas, algemas e medidas administrativas disciplinares mais bruscas. Já a semiliberdade apenas reduz o direito de liberdade do adolescente, que pode sair da unidade sem maiores restrições para estudar e trabalhar.

Trata-se de medida grave, que pressupõe a prática reiterada de atos infracionais e/ou a prática de um ato grave, tal qual o de tráfico de drogas.

5 A INTERNAÇÃO E O TRÁFICO DE DROGAS

Após a análise da evolução histórico-legislativa atinente à matéria e a abordagem sobre o ato infracional e as medidas socioeducativas executáveis em meio aberto e semiaberto, este trabalho inicia a exploração do objeto central do presente estudo: a possibilidade jurídica de aplicação da medida extrema de internação aos adolescentes (mesmo primários) envolvidos com o tráfico de drogas (arts. 33 a 39, da Lei nº 11.343/2006).

O tema vem à tona no momento em que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná — à revelia do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça⁶ — passou a admitir a aplicação da medida extrema a esses adolescentes.

A Corte paranaense entendeu que se trata de conduta muito grave e, por essa razão, a resposta estatal precisa ser a mais drástica possível, a fim de coibir tal prática.

Sobre essa mudança de entendimento, veja-se o seguinte julgado⁷:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL CORRESPONDENTE AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06). PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. ADOLESCENTE FLAGRADO TRANSPORTANDO CERCA DE 5KG DE DROGA. SENTENÇA QUE APLICA A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ROL DO ART. 122 DO ECA. **RELATIVIZAÇÃO. REVISÃO DO POSICIONAMENTO ANTERIOR DA RELATORA. INTERPRETAÇÃO ESTRITAMENTE LITERAL DO ART. 122 DO ECA INCONGRUENTE COM A GRAVIDADE INEQUÍVOCA DO ATO INFRACIONAL.** CASO CONCRETO, OUTROSSIM, EM QUE RESTOU EVIDENCIADA A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (SEM DESTAQUES NO ORIGINAL).

Observe-se que a decisão ementada acima trata da “relativização” do art. 122 do Estatuto. Isso porque, até então, a Corte entendia que o rol de hipóteses para a medida excepcional era taxativo. Contudo, agora se manifesta pela “relativização” para que, na hipótese da prática do ato infracional de tráfico de drogas, seja possível a aplicação da medida extrema ao adolescente envolvido.

O que se pretende analisar neste estudo é se a solução dada é juridicamente possível, frente às atuais disposições constitucionais e legais previstas em nosso ordenamento.

⁶ Súmula nº 492, do STJ: “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”.

⁷TJPR – 2ª C. Criminal – Rec. Ap. nº 875.931-7 – Rel. Lilian Romero – J. 19.07.2012.

5.1 Da medida socioeducativa de internação

A Constituição Federal de 1988 elegeu três princípios vetores para a privação de liberdade de adolescentes: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento⁸.

O princípio da brevidade da medida de internação informa que a medida excepcional deve ser aplicada pelo período mais curto possível, pois, quando o adolescente demonstrar evolução, terá direito a progredir para uma das medidas socioeducativas executáveis em meio aberto (MOUSNIER, 1991, p. 126-127).

Não há um período mínimo de duração, sendo que a medida deverá ser reavaliada por uma equipe técnica multiprofissional, no máximo, a cada seis meses. O prazo máximo de duração é de três anos (art. 121, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.069/90).

O princípio da excepcionalidade da medida de internação informa que a autoridade judiciária só está autorizada a aplicar a medida extrema (e excepcional) quando efetivamente nenhuma outra se mostrar adequada (art. 122, §2º, da Lei nº 8.069/90). Wilson Donizeti Liberati explica que “existindo outras medidas que possam substituir a medida de internação, o juiz deverá aplicá-las” (2010, p. 135-136).

Por fim, o princípio constitucional do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento informa que as entidades destinadas à execução da medida deverão possuir estrutura e programação compatível com as especificidades da adolescência, bem como proporcionar rigorosa separação por idade, compleição física e gravidade da infração (art. 123, do ECA).

Assim, em breve síntese, a Constituição Federal estabeleceu que a internação não pode durar mais do que o estritamente necessário, só deve ser aplicada quando nenhuma outra medida se mostre adequada ao caso e o Centro de Socioeducação em que o adolescente for inserido para o cumprimento da medida deverá contar com estrutura e atendimento que respeite à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

⁸ 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. (...)

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: (...)

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

Semelhante orientação, vale dizer, não está presente apenas no ordenamento jurídico brasileiro, mas também na normativa internacional aplicável à matéria, que se encontra em pleno vigor também no Brasil, em função do disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal (DIGIÁCOMO, 2010, p. 167-168).

Neste sentido, vale transcrever o disposto nos itens 17.1, letra “b” e 19.1, das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing:

17.1. A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios: (...)
b) as restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível; (...)
19.1. A internação de um jovem em uma instituição será sempre uma medida de último recurso e pelo mais breve período possível.

A Lei nº 8.069 de 1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente – em perfeita sintonia com a ordem constitucional e internacional, reproduz esses três princípios e parametriza detalhadamente a medida de internação em seus arts. 121 a 125.

O art. 122 do Estatuto dispõe:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.
§ 1º. O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.
§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

A expressão “poderá” prevista no *caput* do art. 122, somada ao disposto no parágrafo segundo, evidencia que a autoridade judiciária deve evitar a aplicação da medida de internação ainda que haja, no caso concreto, o enquadramento a uma das hipóteses legais, pois “a simples gravidade do ato infracional praticado não se constitui em motivo que, por si só, determina a aplicação de medidas privativas de liberdade” (DIGIÁCOMO, 2010, p. 178).

Para Emílio Garcia Mendez,

o aspecto mais importante do art. 122 se encontra no § 2º, que, literalmente, ‘inverte o ônus da prova’, obrigando a autoridade judicial a demonstrar que não existe outra medida mais adequada que a internação. A expressão ‘em hipótese alguma’ deve ser entendida no sentido de que, mesmo nas hipóteses dos incs. I e II do art. 122, a

privação de liberdade deve ser evitada, existindo, antes dela, outras medidas de caráter mais adequado (CURY, 2005, p. 416).

A internação será cumprida em um Centro de Socioeducação (Cense), unidade designada para atender adolescentes com alto grau de envolvimento com a ilicitude, numa última tentativa do Estado de recuperá-los. Importante frisar que a medida extrema e excepcional,

tem seu parâmetro na legislação penal correspondente ao regime fechado, que é equiparado aos condenados considerados perigosos e que tenham praticado crimes punidos com pena de reclusão superior a oito anos (CP, art. 33, § 2º, “a”). Ao especificar o referido regime, o Código Penal determina que a execução da pena imposta será em estabelecimento de segurança máxima ou média (CP, art. 33, § 1º, “a”).

Portanto, conclui-se que a internação, como medida socioeducativa de privação de liberdade, deve ser cumprida em estabelecimento que adote o regime fechado (LIBERATI, 2010, p. 135).

Nesse sentido, é fundamental esclarecer que os Censes não se equiparam a internatos educacionais, pois lá os adolescentes serão submetidos a um sistema semelhante ao regime fechado do sistema penal. Serão colocados em celas, sob forte vigilância e rotina totalmente controlada.

5.1.1 Quanto às hipóteses de aplicação da medida extrema

Como já mencionado, o art. 122 da Lei nº 8.069/90 estabelece o rol de hipóteses de aplicação da medida extrema de internação. Trata-se de rol taxativo, isto é, a autoridade judiciária só está legalmente autorizada a aplicar a medida excepcional quando o caso atender a uma destas três situações (MILANO FILHO; MILANO, 1996, p. 145-146).

Vale mencionar que não se trata de uma aplicação automática, pois, como já mencionado, ainda que o caso concreto trate de uma das hipóteses legais de cabimento, o magistrado deve, sempre que possível, evitar a privação da liberdade do adolescente, dando preferência às medidas em meio aberto.

5.1.1.1 A primeira hipótese de cabimento da medida de internação

A primeira hipótese está prevista no inciso I do art. 122 do Estatuto e estabelece que, para aplicação da internação ao adolescente, o ato infracional precisa ter sido

praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Portanto, ainda que o adolescente não possua antecedentes infracionais, o magistrado poderá aplicar a ele a medida excepcional caso sua conduta for equiparada a crimes como roubo, seqüestro, homicídio, estupro e latrocínio (SARAIVA, 2002, p. 52).

Em síntese, basta um único ato infracional para que seja juridicamente possível a aplicação da medida, contudo, frise-se: a conduta praticada deve conter, em suas elementares, a violência ou a grave ameaça à pessoa (DIGIÁCOMO, 2010, p. 174).

5.1.1.2 A segunda hipótese de cabimento da medida de internação

A segunda hipótese está no inciso seguinte e estabelece que o juiz pode aplicar a internação ao adolescente que apresentar reiteração no cometimento de outras infrações graves. Aqui reside grande celeuma, porque o legislador não estabeleceu quantas infrações são necessárias para restar caracterizada a “reiteração” e nem quais seriam as infrações consideradas graves.

Após muito se discutir acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento⁹:

(...) Consoante entendimento pacífico desta Corte Superior, a reiteração não se confunde com a reincidência, sendo **necessária a prática de, ao menos, três atos graves anteriores para a aplicação da medida de internação**, como no caso dos autos (sem grifos no original).

Portanto, para a Corte superior, afigura-se a hipótese do inciso II quando o adolescente praticar três atos infracionais graves.

E quais seriam esses atos infracionais considerados graves? O dispositivo diz que precisa haver reiteração em atos infracionais de “natureza grave”, mas não define quais seriam eles.

A doutrina majoritária entende que são aqueles que possuem previsão de pena de reclusão para imputáveis. Esse posicionamento, porém, não é pacífico, pois alguns doutrinadores, como Murillo José Digiácomo, apresentam-se contrários a esse entendimento. Aqui, cabe registrar seu posicionamento:

Há o entendimento de que seria considerada ‘infração grave’, para fins de incidência deste dispositivo, aquela em que o tipo penal comina, em abstrato, pena de reclusão.

⁹ STJ – T 5 – HC 214679 / MG – Rel. Min. Gilson Dipp – J. 15.03.2012

O autor discorda – e com veemência (*data venia*) – deste entendimento, que poderia levar ao absurdo de considerar de natureza ‘grave’, por exemplo, um furto simples (valendo mencionar que o STJ, por reiteradas decisões, tem reconhecido, inclusive, a incidência do princípio da insignificância diante da prática de furtos de objetos de pequeno valor). O dispositivo, na verdade, não comporta qualquer critério objetivo, devendo a autoridade judiciária, em cada caso, respeitados os parâmetros e princípios próprios do Direito da Criança e do Adolescente, analisar a presença de gravidade na conduta do adolescente, podendo seus argumentos ser questionados e impugnados pelo competente recurso (DIGIÁCOMO, 2010, p. 174-175).

No entendimento majoritário, portanto, o ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, que prevê pena de reclusão para imputáveis, é considerado grave e a reiteração de sua prática fatalmente culminará com a aplicação da medida extrema. Já no entendimento minoritário acima colacionado, a aplicação da medida extrema dependeria de um exame do caso concreto para se aferir o grau de reprovabilidade de cada uma das reiteradas práticas infracionais.

5.1.1.3 A terceira hipótese de cabimento da medida de internação

O inciso III, ainda do art. 122 do ECA, trata da terceira (e última) hipótese e dispõe que é cabível a medida de internação quando houver “descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta”. Neste dispositivo, o legislador permitiu que a medida excepcional fosse aplicada nos casos em que o adolescente tenha descumprido diversas vezes uma medida mais branda.

A expressão “injustificável” significa que o adolescente deve ter a oportunidade de se explicar. Assim, antes da regressão da medida, é fundamental que a autoridade judiciária realize uma audiência de justificação, oportunidade em que o adolescente, acompanhado de seu defensor e representante legal, terá a oportunidade de se justificar quanto ao descumprimento das medidas (CURY, 2005, p. 417).

É, inclusive, o disposto na Súmula 265 do STJ, *in verbis*: “é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa”.

Outro ponto interessante dessa hipótese de internação é o prazo máximo de três meses que o legislador estabeleceu no parágrafo terceiro do art. 122, do ECA, ao dispor que: “o prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses”.

Sobre a oitiva de justificação e o prazo máximo previsto à hipótese, registra-se a ementa de um esclarecedor julgado da relatoria do eminente desembargador Valter Ressel, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2ª Câmara Criminal¹⁰:

ECA. HABEAS CORPUS. REGRESSÃO DE MEDIDA APLICADA SEM A OITIVA DE JUSTIFICAÇÃO DO ADOLESCENTE. IMPOSSIBILIDADE. É IMPRESCINDÍVEL OPORTUNIZAR AO ADOLESCENTE JUSTIFICAR-SE PERANTE O JUÍZO EM RELAÇÃO AO DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS (SÚMULA 265 DO STJ). PRORROGAÇÃO DO PRAZO DA INTERNAÇÃO-SANÇÃO. ILEGALIDADE. O PRAZO MÁXIMO DA INTERNAÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICADO DE MEDIDAS É DE 90 DIAS (ART. 122, § 1º, DO ECA). ORDEM CONCEDIDA (sem grifos no original).

No teor do acórdão acima ementado o eminente Relator explica que

essa exigência estatutária se deu porque, em tempos mais remotos, adolescentes recebiam a regressão de medida pelo seu descumprimento, mas, na verdade, sequer tiveram a oportunidade de cumprir as medidas mais brandas, por ineficácia do próprio órgão público responsável por suas execuções.

A audiência de justificação é a solução para garantir o direito constitucional ao contraditório, bem como evitar que a medida extrema e excepcional seja aplicada injustamente ao adolescente.

Delimitadas todas as estreitas e taxativas hipóteses de aplicação da medida de internação, cabe agora enfrentar frontalmente o tema nuclear deste trabalho.

5.2 Da impossibilidade jurídica de aplicação da medida de internação a adolescentes envolvidos com o tráfico de drogas

Por muito tempo, restou pacificado nos Tribunais brasileiros que o rol de hipóteses de cabimento da medida de internação era taxativo. Contudo, sob o argumento de que a sociedade vivencia preocupante crescimento no envolvimento de adolescentes com o tráfico de drogas, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná passou a admitir, como já visto, a flexibilização do art. 122 do Estatuto, mesmo quando inexistir a reiteração infracional.

Pois bem. É certo que o tráfico de drogas não é conduta praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, sendo impossível a aplicação do inciso I do art. 122 do ECA nesses casos (BARROS, 2012, p. 174-175). Assim, não se pode deixar de apontar a ausência de base legal para a privação da liberdade de adolescentes que tenham

¹⁰ TJPR - 2ª C.Criminal - HCECA 877695-4 - Carlópolis - Rel.: Valter Ressel - Unânime - J. 15.03.2012

praticado ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, a não ser pela via da reiteração (art. 122, inc. II), uma vez que a conduta em questão, por si só, não se adéqua às hipóteses taxativamente previstas.

A conduta em comento não contém, em suas elementares, a violência ou grave ameaça à pessoa e a violência tratada no art. 122, inc. I, do ECA

deve integrar o tipo penal, afigurando-se como **incorreta a determinação de internação de adolescente primário por tráfico de entorpecentes, sob o argumento de violência à sociedade**, mesmo porque todo e qualquer ato infracional revela desvalor social (CURY, 2002, p. 102 – sem grifos no original).

O acórdão da Corte paranaense registra que

esta Relatora e esta Câmara reviram seu entendimento anterior, que interpretava a norma do art. 122, I do ECA, de forma estritamente literal e, reconhecendo a gravidade do ato infracional análogo ao crime de tráfico de substância entorpecente, aliado às circunstâncias de cada caso concreto, passou a admitir a aplicação da medida socioeducativa de internação.

Contudo, de acordo com o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, “a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada” (Súmula nº 718). Portanto, a Corte Constitucional entende que é frágil o argumento de que se trata de conduta muito grave e, por isso, demandaria uma resposta estatal mais enérgica.

A respeito do tema, o magistrado Judá Jessé de Bragança Soares diz que “a cultura da internação faz com que pouco se discuta e menos se pense sobre a necessidade ou não dessa medida”. Para ele, é lamentável que adolescentes sejam segregados sem um processo eficaz de recuperação, o que fatalmente culminará na reincidência, até atingirem a maioridade e caírem no falido sistema carcerário (1998, p. 244).

Observa ainda “que muitas das autoridades, de uma maneira geral, encontram mil desculpas para descumprir a lei e violar os direitos individuais dos jovens, internando-os em casos que não comportam internação”.

Em suma, ao invés de “encontrar desculpas”, o Judiciário deveria conhecer melhor o problema, debater com a sociedade de forma geral a fim de encontrar saídas legais, ao invés de simplesmente “descumprir a lei” e não resolver o problema de

ninguém, nem da sociedade, nem do próprio adolescente que, ao voltar às ruas, provavelmente tornará à ilicitude.

Judá encerra seu desabafo com preciosa argumentação:

Quanto à interpretação extensiva do sentido de ‘violência ou grave ameaça’, **nada poderia ser mais injurídico**, de vez que as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, segundo inquestionável princípio de hermenêutica (sem grifos no original).

O entendimento aqui exposto e do qual nos filiamos, é o de que a flexibilização do rol de hipóteses para a internação, ou ainda, a interpretação extensiva da hipótese versada no inciso I (violência ou grave ameaça à pessoa), demonstra grave desapego às lições mais elementares da hermenêutica jurídica, em perigosa impropriedade técnica.

Efetivamente, a mera retirada dessa força de trabalho a serviço do comércio de entorpecentes está longe de desfalar esse mercado ou reduzir o número de usuários, apenas propiciando a oportunidade para que outros jovens sejam recrutados (SOARES, 1998, p. 245).

Mas o Tribunal de Justiça paranaense não está sozinho em seu posicionamento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já decidiu da mesma forma, com os seguintes fundamentos¹¹:

Como se verifica dos autos, os representados não exerciam atividade laborativa lícita, não estudavam e eram usuários de drogas, demonstrando, portanto, intenso desajuste comportamento e colocando-se sob acentuado risco pessoal e social, devendo, neste momento e para sua própria proteção, ser afastados da sociedade, para que, da mesma forma, sejam distanciados das más companhias.

Ressalte-se que é notório o fato de que a traficância de drogas traz embutida nessa atividade marginal grande violência, que é praticada diuturnamente contra a sociedade, que, às vezes, se reverte contra os próprios traficantes, com resultados trágicos, já que muitas vidas são violentamente ceifadas, o que torna recomendável a imposição da medida socioeducativa mais extrema.

O Tribunal de Justiça deste Estado já firmou entendimento no sentido da possibilidade de ser aplicada medida de internação no caso de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, quando necessária para afastar o adolescente do ambiente próprio à marginalidade, comum justamente ocorre na hipótese versada neste processo, sendo, a propósito, transcritos os seguintes acórdãos: (...)

Destarte, e tendo em vista que o elenco de provas amealhadas no curso do processo é o suficiente para convencer este Julgador, de forma segura e inquestionável, da efetiva participação dos representados no nefasto comércio de drogas, que tantos malefícios vêm causando à população ordeira deste Estado, merecendo repressão por parte das autoridades, a fim de evitar que se instaure a desordem social, o que indica a necessidade, assim, de permanecerem institucionalizados, objetivando, desta

¹¹ HC nº 0023989-84.2010.8.19.0000 – RJ, 2010

forma, serem acompanhados por especialistas, para que sejam ressocializados e profissionalizados, a fim de que possam futuramente ser inseridos no mercado produtivo de trabalho e, assim, auferir licitamente o seu sustento, minimizando-se o risco de que venham a se envolver novamente em práticas de novos atos infracionais.

Analisando cuidadosamente os argumentos acima, constata-se que se trata de uma fundamentação inteiramente abstrata e, portanto, aplicável a todos os casos da mesma espécie. Em nosso sentir, tais alegações afrontam a já mencionada Súmula nº 718 do STF, pois se baseia tão somente na opinião pessoal do julgador para aplicar-lhe medida mais gravosa do que aquela que a Lei admite.

A propósito, esse julgado foi reformado em 12 de agosto de 2010 pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 180.924-RJ, sob a relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 122 DO ALUDIDO ESTATUTO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A medida socioeducativa de internação somente pode ser imposta ao adolescente na hipótese de não haver outra mais adequada e menos onerosa à sua liberdade, e caso o adolescente incida em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. **O ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a despeito da sua natureza hedionda, não dá ensejo, por si só, à aplicação da medida socioeducativa de internação, já que a conduta não pressupõe violência ou grave ameaça à pessoa.** 3. Ordem concedida para anular a sentença proferida pelo Juízo monocrático, apenas na parte referente à medida socioeducativa, para seja imposta medida diversa da internação aos pacientes, que devem aguardar em semiliberdade, ressalvada a hipótese de progressão (sem grifos no original).

Assim, a Corte superior deixou claro seu posicionamento no sentido de que o tráfico de drogas, a despeito de sua natureza hedionda, não dá ensejo, por si só, a medida extrema de internação, pois não possui, em suas elementares, a violência ou grave ameaça à pessoa.

Hoje esse entendimento encontra-se registrado na recente Súmula nº 492 do STJ, de 08 de agosto de 2012, que dispõe: “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”.

Outro ponto que também não pode ser ignorado é o da superlotação das unidades de internação. Uma das principais causas desse fenômeno é justamente a

aplicação da medida excepcional fora das hipóteses legalmente previstas. E, covenhamos, numa unidade superlotada, os escassos recursos que se tinha para possibilitar a ressocialização dos internos são reduzidos a zero, frente a imperiosa necessidade de contenção e disciplina (SOARES, 1998, p. 247).

O magistrado Judá Jessé de Bragança Soares, ilustre jurista citado por diversas vezes neste trabalho, adverte que:

A ilusão de que a internação pode ter finalidade reformativa é altamente perniciosa, porque impede que se usem os verdadeiros meios para se recuperar o infrator. Esperar que uma unidade de internação possa se tornar um foco de recuperação é uma balela: a necessidade de contenção para assegurar o efeito punitivo e intimidatório da medida não se compatibiliza com o objetivo de recuperar o infrator (1998, p. 251).

Ele sintetiza seu fundamento didaticamente: “educar para a vida livre no meio da sociedade, retirando a pessoa desse meio e confinando-a em uma unidade fechada com muros e grades, é o mesmo que pretender ensinar alguém a nadar fora d’água”.

Não se pode ignorar também que quase a totalidade desses adolescentes estão acometidos pela dependência química, o que torna a questão ainda mais tormentosa, retirando o debate da área jurídica para encaminhá-lo a outras áreas da ciência. Beatriz Carlini Cotrim sustenta que

as pessoas que vivem constantemente atrás das drogas e não conseguem viver sem elas, ou pelo menos acham que não conseguem, **não são pessoas com menor formação moral ou com defeito moral**. Elas apresentam um distúrbio chamado síndrome de dependência (1998, p. 19 – sem grifos no original).

Para a autora, uma das causas da “síndrome da dependência” é o fator psicológico, ela afirma que “muitas pesquisas mostraram que pessoas sentindo-se infelizes, inseguras e com baixa autoestima tendem mais a usar drogas e deixar se levar por elas” (1998, p. 19).

Com efeito, se os adolescentes que sofrem de dependência química forem submetidos a um sistema com celas, algemas, controle absoluto e privação total da liberdade, não há dúvidas que sua condição de “infelizes, inseguros e com baixa autoestima” não vai mudar, a não ser para pior.

Pelo que se vê, a questão não encontrará solução enquanto fizer-se uso apenas de ferramentas jurídicas, sendo que “orientação, tratamento médico e grupos de auto-

ajuda são os principais recursos para trabalhar as pessoas envolvidas com drogas” (TIBA, 2007, p. 35).

Diante de todo o exposto, resta dizer que a decisão (*contra legis*) de privar a liberdade de adolescentes envolvidos com o tráfico de entorpecentes não é, nem de longe, a solução do problema, que antes de ser legal é social, além de ser de uma impropriedade técnica que salta os olhos da hermenêutica jurídica.

Portanto, conclui-se que fora equivocada a “relativização” das hipóteses legalmente previstas para a medida de internação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo foi possível constatar que os direitos da criança e do adolescente não surgiram por acaso, ao contrário, foram conquistados no decorrer dos séculos através da incansável pressão de organismos não-governamentais e movimentos populares, tanto no Brasil como no resto do mundo ocidental. Hoje, tais garantias alcançaram status de norma constitucional.

Contudo, a luta só foi vencida no ordenamento jurídico, porque nos Tribunais ainda há um grande caminho a ser percorrido até que se concretizem as determinações do constituinte originário e do legislador estatutário.

Atualmente percebe-se um movimento crescente de juízes e promotores de justiça que passaram a demonizar os adolescentes recrutados pelo tráfico de drogas, e atribuir a esses jovens toda a carga de desprezo e repúdio que a sociedade oferece ao mercado de entorpecentes.

Este trabalho buscou demonstrar que a medida de internação, na prática, insere os adolescentes em um sistema muito semelhante ao regime fechado do sistema carcerário, pois são colocados em celas, sob forte vigilância e rotina totalmente controlada. Por essa razão, trata-se de medida extrema, excepcional, que só pode ser aplicada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal nº 8.069/90. Sua excepcionalidade possui previsão constitucional. Aliás, ainda que o caso verse sobre uma das hipóteses legais de cabimento da internação, a autoridade judiciária sempre deve evitar aplicá-la, buscando uma medida mais branda e adequada.

Sabe-se que o tráfico de drogas não possui, em suas elementares, a violência ou grave ameaça à pessoa, sendo **juridicamente impossível** a aplicação da medida

excepcional nesses casos, a não ser pela via da reiteração infracional. O argumento de que a conduta em comento é uma violência a sociedade é frágil e abstrato.

Assim, a flexibilização da expressão “violência ou grave ameaça à pessoa” prevista no art. 122, inc. I, do ECA, é uma ilegalidade, e demonstra preocupante desapego às lições mais elementares da hermenêutica jurídica.

Isso porque, como se sabe, as normas restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente. Trata-se de uma garantia do indivíduo frente ao Estado, ente quase sempre ansioso em demonstrar seu poder, sua força face ao jurisdicionado.

O que se observa da iniciativa ativista em comento é um desejo de “higienizar” a sociedade, afastar o problema (ou adolescente-problema) ainda que de forma absolutamente paliativa. É evidente que a “reclusão” dos “aviõezinhos” não vai enfraquecer o tráfico. A mera retirada dessa força de trabalho está longe de desfaltar seu comércio ou reduzir o número de usuários, apenas propiciando a oportunidade para que outros jovens sejam recrutados.

Em suma, ao invés de encontrar desculpas, o Judiciário deveria conhecer melhor o problema, debater com a sociedade a fim de encontrar saídas legais, ao invés de simplesmente descumprir a lei e não resolver o problema de ninguém, nem da sociedade, nem do próprio adolescente que, ao voltar às ruas, provavelmente tornará à ilicitude.

A propósito, a iniciativa ativista e *contra legis* de internar um adolescente fora das hipóteses legais tem provocado a superlotação dos Censes (Centros de Socioeducação) e, covenhamos, numa unidade superlotada, os escassos recursos que se tinha para possibilitar a ressocialização dos internos são reduzidos a zero, frente à imperiosa necessidade de contenção e disciplina.

Vale lembrar que, por força do disposto nos arts. 1^o¹², 6^o¹³ e 100, par. único, inciso II¹⁴, todos da Lei nº 8.069/90, a autoridade judiciária não está autorizada a interpretar e aplicar qualquer norma estatutária em prejuízo do adolescente, devendo sempre

¹² Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

¹³ Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem estar comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

¹⁴ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem as medidas: (...)

II – proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; (...)

tomar a decisão que melhor atenda a seus interesses, desapegada de qualquer preconceito ou discriminação.

Ademais, o problema em questão não pode ser enfrentado através apenas de ferramentas jurídicas. Faz-se imprescindível o socorro de outras áreas da ciência, porque quase a totalidade dos adolescentes recrutados pelo tráfico estão acometidos pela “síndrome da dependência” e precisam de tratamento médico e psicológico, não repressivo.

Como visto no decorrer do estudo, existem outras medidas mais adequadas ao caso e que, bem executadas, podem lograr maior êxito na recuperação do adolescente tanto no viés infracional quanto no patológico. São elas: a liberdade assistida, a prestação de serviços à comunidade e a semiliberdade. Cumulativamente seria interessante aplicar, se for o caso, a medida protetiva de “inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos”, prevista no art. 101, inc. VI, do ECA.

Não resta dúvida de que, embora grave o ato cometido e lamentável o envolvimento do adolescente com o tráfico de entorpecentes, não é através da internação que se extirpará tal prática, nem se alcançará a ressocialização e reeducação visada, até porque, como já frisado, a medida privativa de liberdade deve ser a *ultima ratio* dentre as respostas à prática de ato infracional.

Conclusivo, pois, que se de um lado a aplicação da medida de internação ao adolescente envolvido com o tráfico é uma ilegalidade, do outro é uma iniciativa paliativa, higienizadora, cruel e que não tem o poder de resolver o problema em questão, muito menos de enfraquecer a grande teia mercantil que garante vida longa ao mercado de entorpecentes.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da criança e do adolescente**. 6 ed. Coleção leis especiais para concursos. Curitiba: Juspodivm, 2012.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, D.O.U. 16.7.1990.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set 2012.

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o código de menores. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, D.O.U. 11.10.1979.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, D.O.U. 24.8.2006.

_____. **Código Criminal do Império do Brasil**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Publicação 08.01.1831.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 718. j. 24.09.2003. DJ de 09.10.2003.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 492. j. 8.08.2012. DJe de 13.08.2012.

_____. _____. HC nº 214679 / MG. Rel. Gilson Dipp. j. 15.03.2012. DJe de 27.03.2012.

_____. _____. HC nº 180.924 / RJ. Rel. Maria Thereza de Assis Moura. j. 12.08.2010. DJe de 30.08.2010.

COTRIM, Beatriz Carlini. **Drogas: mitos & verdades**. São Paulo: Ática, 1998.

CURY, Munir (coor). **Estatuto da criança e do adolescente comentado – comentários jurídicos e sociais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CURY, Garrido. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 11 ed. São Paulo, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MILANO FILHO, Nazir David; MILANO, Rodolfo Cesar. **Estatuto da criança e do adolescente comentado e interpretado**. São Paulo: Leud, 1996.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo. Coleção do avesso ao direito. **Resgate da cidadania: prevenção e repressão à criminalidade**. Vitória: CEAF, 2007.

MOUSNIER, Conceição. **O ato infracional**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1991.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1991.

PACHI, Carlos Eduardo. **A prática de infrações penais por menores de dezoito anos**. Revista da ESMESC. Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, volume 5, ano 4, páginas 241-257, 1998.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça**. 2ª Câmara Criminal. Apelação-ECA nº 875.931-7. Rel. Lilian Romero. j. 19.07.2012.

_____. _____. _____. HC nº 877695-4. Rel. Valter Ressel. j. 15.03.2012.

PRATES, Flávio Cruz. **Adolescente infrator: a prestação de serviços à comunidade**. Curitiba: Juruá, 2002.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente**. Curitiba: Juruá, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. **Desconstruindo o mito da impunidade**. São Paulo: Cetedica, 2002.

SOARES, Judá Jessé de Bragança. **Algumas considerações sobre a medida socioeducativa de internação**. Revista da ESMESC. Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, volume 5, ano 4, páginas 241-257, 1998.

TIBA, Içami. **Juventude & drogas: anjos caídos**. São Paulo: Integrare, 2007.

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

_____. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.