

PENSANDO O ATO INFRACIONAL DE TRÁFICO DE DROGAS COM AS LENTES DO PRAGMATISMO

Eduardo Moureira Gonçalves¹

<https://orcid.org/0009-0002-1776-9345>

RESUMO

Um dos momentos mais delicados dentro do Sistema Socioeducativo ocorre quando se deve determinar a privação de liberdade de um adolescente em conflito com a lei, sendo o texto legal expresso a respeito da segregação, que só deve ocorrer quando da prática do ato infracional cometido com grave ameaça ou violência (art. 122 do ECA), e mesmo com essa barreira qualificada, os atos infracionais associados ao tráfico de drogas é responsável por 42% (quarenta e dois por cento) das internações na Fundação CASA em dezembro/2022. O presente esboço de estudo tem por objetivo olhar para a realidade social, considerando os dispositivos legais que estabelecem a privação de liberdade por prática de ato infracional e o que tipifica como crime o tráfico de drogas. Para tanto, tomaremos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com a lente do pragmatismo filosófico como mola propulsora do pensamento, especialmente aquela que vem sendo desenvolvida nas lições do pensador norte americano Peirce e nos debates que se seguiram das bases por ele consolidada como as linhas de Richard Posner.

Palavras-chave: Socioeducação – pragmatismo – internação – ato infracional – tráfico de drogas

Thinking the offense of drug trafficking through the lens of pragmatism

ABSTRACT

One of the most delicate moments within the Socio-Educational System occurs when the deprivation of liberty of an adolescent in conflict with the law must be determined, with the legal text expressing respect for segregation, which should only occur when the offense is committed with serious threat or violence (art. 122 of the ECA), and even with this qualified barrier, the infractions associated with drug trafficking are responsible for 42% (forty-two percent) of hospitalizations at Fundação CASA in December/2022. This study outline aims to look at the social reality, considering the legal devices that establish the deprivation of liberty for committing an infraction and what typifies drug trafficking as a crime. To do so, we will take the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) with the lens of philosophical pragmatism as a driving force of thought, especially that which has been developed in the lessons of the North American thinker Peirce and in the debates that followed from the bases consolidated by him like the lines of Richard Posner.

Keywords: Socio-education – pragmatism – hospitalization – infraction – drug trafficking

Submetido em: 20/06/2023 – **Aprovado em:** 05/07/2023 – **Publicado em:** 05/07/2023

¹ Procurador Jurídico da Fundação CASA. Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP. E-mail: emoureira@hotmail.com



1 INTRODUÇÃO

O Sistema Socioeducativo atual nasce do rompimento da Teoria da Situação Irregular em prol da Teoria da Proteção Integral, com a pedra de toque estabelecida pela Constituição Federal de 1988, ao instituir a responsabilidade solidária entre família, sociedade e Estado para propiciar a proteção integral com absoluta prioridade, nos termos do artigo 277.

Nesse sentido, o presente trabalho visa analisar e propor um estudo teórico da infância e da juventude, especialmente no que tange aos adolescentes em conflito com a lei e à privação de liberdade, quando o autor de ato infracional é equiparado ao crime de tráfico de drogas. Dentro deste recorte, intenta-se analisar os dados e a realidade social, considerando a lente filosófica do pragmatismo em seus pontos centrais: antifundacionalismo, contextualismo e o consequencialismo.

Para tanto, com um mapa mental estabelecido, primeiro precisamos entender o sistema socioeducativo, suas bases, e a distribuição das medidas socioeducativas, suas graduações e possibilidade de progressão, passando pela análise específica do ato infracional do crime de tráfico de drogas, para enfim tecer considerações pragmáticas sobre os dados da realidade.

Foram abarcados, para esta pesquisa, dados disponibilizados no endereço eletrônico da executora da medida socioeducativa, no período de 2018 a 2022, utilizando como parâmetro os meses de fevereiro de cada ano. Esses dados foram analisados, considerados e alinhados com os requisitos para decretação da internação por prazo indeterminado, e com a jurisprudência, notadamente a Súmula 492 do STJ, que aborda especificamente o tema.

Para o período, vale destacar que, mesmo com a grave crise sanitária decorrente da pandemia do Covid-19 que assolou o mundo, com regras de restrições rigorosas a contar de 02/2020, os dados não sofreram alterações dignas de nota, mantendo o percentual de jovens atendidos nos programas de medidas socioeducativas privativas de liberdade.

O ato infracional equiparado ao tráfico de drogas foi pinçado dos Boletins Estatísticos da Fundação CASA por figurar como aquele de maior incidência pelos jovens atendidos, seguido pelo roubo qualificado; juntos representam quase 80% das razões para internação de jovens.

A leitura dos dados parte da Constituição Federal (CF), seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cotejando o referencial teórico às lições do pragmatismo –

isto é, a escola filosófica norte-americana que objetiva minimizar a margem para discricionariedade – e, assim, proporcionar um olhar diferenciado para a realidade jurídica.

2 SOCIOEDUCAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no Brasil um novo paradigma interpretativo que subverteu a lógica até então vigente, colocando como marco novas balizas e direitos mínimos que devem ser observados por todos, logo após um longo período de restrições dos Direitos Políticos e Civis.

Para a Infância e Juventude o choque foi ainda maior com a instituição da Teoria da Proteção Integral, com rompimento expresso sobre a Teoria da Situação Irregular, inaugurada com o Código Menores do Decreto nº 17943-A de 1927 (conhecido como “Código Mello Mattos” em homenagem ao seu idealizador), revisada por meio da Lei nº 6.697/1979, que já na abertura dos seus termos era expressa sobre seus objetivos: assistência, proteção e vigilância de menores.

Alexandre de Moraes da Rosa (2011, p. XXVIII) é certo ao afirmar que

Em face da edição da Convenção Internacional da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, o Direito Infracional ganhou autonomia. Não pôde mais ser considerado um apêndice do Direito Penal, do Direito de Família, ou mesmo abordado conjuntamente com as demais disposições do ECA, sob pena de se confundir os registros. Cada campo do ECA deve ser informado por uma estrutura democrática diferente. Dito de outro modo: não dá para pensar o registro de guarda, tutela, adoção, com a mesma base do ato infracional.

Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que, por meio da Lei nº 8.069/1990, é responsável pela consolidação das garantias constitucionais esculpidas no artigo 227 da Constituição Federal, inverteu a lógica anterior (assistência, proteção e vigilância) para estabelecer a responsabilidade concorrente entre família, sociedade e Estado na proteção das crianças, adolescentes e jovens.

No que tange aos crimes praticados por adolescentes, inovou ao estabelecer no texto constitucional a inimputabilidade aos menores de 18 anos (artigo 228), direcionando para a legislação especial a apuração e os mecanismos para ressocialização e integração dos jovens na sociedade.

A legislação especial estabeleceu em seus termos como ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal (artigo 103 do ECA), restringindo as medidas

socioeducativas – notadamente as restritivas de liberdade – apenas para os adolescentes, reservando às crianças as medidas protetivas (artigo 105 do ECA), e mesmo no caso de adolescentes estabeleceu regras específicas para a restrição de liberdade (artigo 122 do ECA).

O Estatuto da Criança e do Adolescente previu seis medidas socioeducativas, com gradações de acordo às restrições impostas, partindo da advertência, passando pela obrigação de reparação do dano, à prestação de serviço à comunidade, à liberdade assistida e à inserção em regime de semiliberdade até à internação por prazo indeterminado em estabelecimento educacional (artigo 112 do ECA).

Vale destacar que a medida socioeducativa de internação é aquela de maior gravidade (artigo 42, §3º do ECA), com restrição total da liberdade e controle em ambiente educacional, devendo ser exceção (artigo 122, §2º do ECA); a última opção dentre as demais.

Outro ponto de atenção está na discussão da internação por prazo indeterminado: ante a possibilidade ser de até três anos, não pode ser determinada na fase de conhecimento, mas é imprescindível a reavaliação de sua adequação ao caso concreto a cada seis meses, observando-se o princípio da brevidade, além da expressa proibição de tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao adulto (artigo 35 do SINASE).

A internação precisa ser breve. Quer dizer que deve alcançar o menor período possível da vida do adolescente, o qual está em processo de formação e tem no seu direito fundamental à liberdade um dos mais relevantes fatores para a construção do seu caráter. A vida em sociedade, os direitos de expressão, de ser divertir e de participação da vida política são exemplos da importância do gozo da sua liberdade, em um momento singular da sua existência. (MACIEL, 2013, p. 1015)

A liberdade será compulsória aos 21 anos de idade (artigo 121, §5º do ECA): independentemente de qualquer circunstância outra, deve, o jovem, ser posto em liberdade, ou outra providência estatal deve ser recomendada, mas, já sem o alcance do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como dito, a internação e a semiliberdade devem ter prazo máximo de três anos com avaliação periódica sobre sua manutenção no mínimo a cada seis meses. Essa avaliação deve se realizar mediante relatório técnico multiprofissional dos técnicos responsáveis pelo estabelecimento das metas do Plano Individual de Atendimento (PIA), que são imprescindíveis para a extinção da medida socioeducativa ou sua progressão para outra mais branda.

As medidas socioeducativas, assim, devem ser pautadas por uma série de direitos e garantias, tanto individuais como coletivos, devidamente delimitada pela legislação e os

relatórios, com obrigação de ampla fiscalização pelo Poder Judiciário, sociedade e família do educando.

3 ATO INFRACIONAL – TRÁFICO DE DROGAS

Para tratar do ato infracional do crime de tráfico de drogas e de sua possibilidade de gerar a privação de liberdade do adolescente em conflito com a lei, temos que, primeiro, voltar os olhos ao texto da lei.

Nos termos do artigo 122 do ECA, para que seja aplicada a medida socioeducativa de internação, no que tange ao ato infracional, é (I) indispensável que tenha sido praticado mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou (II) pela reiteração no cometimento de outras infrações graves ou, por fim, (III) pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta.

Dessas três possibilidades, a última possui regramento próprio e se assemelha mais à consequência por descumprimento de medida anterior, inclusive, com limite específico de 03 (três) meses, denominada “internação-sanção”.

A regra esculpida pelo Estatuto é a de que em nenhuma hipótese será aplicada internação, havendo outra medida adequada (artigo 122, §2º).

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal. (Redação dada pela Lei nº 12.594, de 2012) (Vide) § 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

Emilio Garcia Mendez faz uma leitura precisa sobre a distribuição do ônus da prova e da adequação da reprimenda necessária na apuração do ato infracional:

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)

Todavia, o crime de tráfico de drogas estabelecido pela Lei nº 11.343/2006 está longe de ter entre seus verbos indicadores a necessidade de violência ou grave ameaça para sua configuração, tal qual como ocorre com o roubo, segundo ato infracional de maior incidência nos estabelecimentos da Fundação CASA.

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

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

A doutrina tem caminhado para o entendimento da ausência de violência nos crimes ligados ao tráfico de drogas, principalmente se analisado isoladamente cada ato e quando dissociado de outras tipificações legais. João Batista Costa ao lecionar sobre o tema, especificamente para a Socioeducação afirma:

Não há que se falar em violência ou grave ameaça no tipo penal de tráfico de entorpecentes, cujo, embora crime hediondo, não contém em suas elementares essas características. Qualquer hipótese nesse sentido será admitir o inadmissível, a analogia em malam partem, insuportável em um Estado Democrático de Direito. (SARAIVA, 2010, P. 176)

Embora, haja quem defenda a existência de violência social, como Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel

Neste ponto o que se extrai do sistema jurídico é que existe, sim, neste tipo de ato infracional, grave ameaça e violência não só à pessoa, mas também à sociedade. É indiscutível que a sociedade é não só ameaçada, mas verdadeiramente lesionada pelo tráfico de drogas que destrói famílias inteiras – família, a base da sociedade, que deve gozar de especial proteção do Estado (art. 226 da CF) – e banaliza o direito à vida e à saúde. A grave violência fomentada e praticada pelos agentes de traficância gera sérias e, muitas vezes, irreversíveis consequências à integridade física e psíquica das pessoas que vitimiza direta ou indiretamente, daí a sua inclusão no elenco dos crimes equiparados aos hediondos. (MACIEL, 2013, p. 1036)

Vale destacar que o texto do artigo 122, I do ECA é cristalino ao exigir “grave ameaça” ou “violência à pessoa”, fazendo a intérprete ampliação altamente prejudicial ao adolescente acusado da prática de ato infracional, o que deve ser afastado, como bem pontuou João da Costa Batista Saraiva.

A questão é extremamente controversa, tanto que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi instado sobre o tema repetidas vezes, o que culminou na Súmula 492, cujo enunciado prevê que “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”.

Há na Infância e Juventude, notadamente, no que tange à socioeducação, uma margem para discricionariedade elástica que, devido à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e da observância imperiosa da proteção integral, possibilita interpretação mais ampla do que a autorizada na legislação.

Karyna Batista Sposato, inclusive, fez um diagnóstico preciso sobre este ponto:

A discricionariedade, característica marcante historicamente do funcionamento da justiça da infância e juventude em nosso país, especialmente no que tange à atribuição da autoria de atos infracionais aos adolescentes e consequente imposição de medidas socioeducativas revela um sistema altamente arbitrário e totalizante, em nome de suposta “proteção”. (SPOSATO, 2006, p. 193)

No Estado de São Paulo, a instituição responsável pela gestão das medidas socioeducativas restritivas de liberdade (internação e semiliberdade), Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente – Fundação CASA –, divulga, desde 2013, balanços mensais com o número de adolescentes sobre sua responsabilidade, denominados “Boletins Estatísticos”, que estão disponibilizados em sua página na internet (www.fundacaocasa.sp.gov.br).

Nos últimos cinco anos, no período compreendido entre 2018 e 2022, os Boletins Estatísticos dos meses de fevereiro têm que os principais atos infracionais responsáveis pela restrição de liberdade no Estado de São Paulo são o “tráfico de drogas” e “roubo qualificado”.

Tabela 1 – Boletim estatístico Fundação CASA

Ano	“tráfico de drogas”	“roubo qualificado”
02/2018	45,04%	37,43%
02/2019	46,99%	34,63%
02/2020	47,57%	34,93%
02/2021	49,81%	34,96%
02/2022	48,10%	33,80%

Pelos dados apresentados, entre 2018 e 2022, mesmo com o período de grave crise sanitária decorrente da pandemia do Covid-19 (02/2020), o ato infracional equiparado ao tráfico de drogas é responsável por mais de 40% (quarenta por cento) da restrição de liberdade dos adolescentes do Estado de São Paulo, e, em alguns momentos, está muito próximo de equivaler à metade de todos aqueles atendidos pelo programa de Socioeducação de limitação total da locomoção.

Tal cenário apresenta contradições entre os requisitos para decretação da internação por prazo indeterminado e o principal ato infracional responsável pela restrição de liberdade em São Paulo.

4 PRAGMATISMO – OLHAR PARA A REALIDADE

Como cediço, o pragmatismo surgiu nos Estados Unidos por meio de um grupo de alunos e professores da Universidade de Harvard, no início do século XIX, que reunia uma série de estudiosos de diversas áreas unidos por inquietações filosóficas de cunho prático e suas consequências, rejeitando por completo os argumentos de autoridade que não poderiam ser testados na prática. Seu principal expoente foi Charles Sanders Peirce.

Afastam assim, as ideias metafísicas que se transportadas para a realidade não podem ser confrontadas e testadas, considerando-as inadequadas como instrumento hábil para a formação do pensamento.

Quando considerada no contexto do processo judicial, a filosofia do pragmatismo olha diretamente para as consequências que podem ser produzidas pelos atos judiciais, devendo o magistrado se ater ao ponto.

Benjamin Nathan Cardoso, magistrado e grande pensador do pragmatismo afirma que

é uma questão de grau se a lei que toma minha propriedade e limita minha conduta, prejudicando minha liberdade de maneira indevida. Assim, dever de um juiz se torna também uma questão de grau, e ele é o juiz útil ou um juiz medíocre quando calcula a medida de forma exata ou imprecisa. Ele deve equilibrar todos os seus ingredientes, sua filosofia, sua lógica, suas analogias, sua história, seus costumes, seu senso do direito e todo o resto, e acrescentando um pouco aqui e retirando um pouco ali, deve determinar do modo mais sábio que puder qual peso fará pender a balança. (...) Após ter terminado o cansativo processo de análise, deve haver para todo o juiz uma nova síntese que ele terá que fazer por si mesmo. O máximo que ele pode

esperar é que, com muito pensamento e estudo, com anos de prática como advogado ou juiz e com a ajuda daquela graça interior que chega de vez em quando ao eleito de qualquer vocação, a análise possa ajudar um pouco a tornar a síntese verdadeira. (CARDOSO, 2002, p. 540)

As lições de Benjamin Cardoso, especialmente sobre o equilíbrio de ingredientes para alcançar o pêndulo certo na balança, levam à longa e trabalhosa construção do pensamento, para enfim apresentar uma síntese verdadeira.

O Direito se vale sempre de normas construídas na metafísica, mirando o “dever-ser” e o mundo idealizado, mas com uma objetividade que possa estabelecer uma régua mínima para que todos os envolvidos possam ter os padrões e respostas esperadas do sistema. George Browne Rego faz um interessante prospecto

Kelsen procura demonstrar a relevância de se elaborar uma teoria jurídica do Direito e do Estado cujo postulado metodológico assegure uma objetividade e um equilíbrio social que possa torná-la como ele mesmo declara, uma ciência jurídica livre dos influxos tanto daqueles que detém o poder com dos que a ele aspiram. (REGO, 2009)

No ordenamento jurídico brasileiro encontramos alguns textos de lei que tem por objetivo olhar as consequências das decisões judiciais e administrativas, tendo como marco a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) nos artigos 20 e 21:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Outro texto que aponta os elementos essenciais para se considerar a sentença ou acórdão fundamentados está contido no artigo 489 do Código de Processo Civil:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Analisando esses dois textos, temos importantes pontos para pensar a Socioeducação, especificamente quando falamos de privação de liberdade de adolescentes em conflito com a lei.

Inclusive, o Código de Processo Civil é utilizado como suplementar ao Estatuto da Criança e do Adolescente no que for omissivo, sendo expresso para a fase recursal (art. 198 do ECA).

Nesse sentido, uma vez que o artigo 20 da LINDB é claro ao determinar que na esfera judicial nada seja decidido com base em valores abstratos, e sim consideradas as consequências práticas da decisão, com reforço no artigo 21, parágrafo único, que determina a indicação das “condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais”. Dessa forma, por imposição do sistema, o magistrado deveria explicitar, de modo direto e inequívoco, a escolha pela medida socioeducativa mais gravosa.

Pela interpretação isolada desse texto, a exclusão das medidas mais brandas, tais quais a prestação de serviço à comunidade e a liberdade assistida, precisaria constar diretamente, e deveriam ser explicitadas às razões pelas quais não foram escolhidas para a ressocialização do jovem.

Ademais, o texto constitucional ao estabelecer a responsabilidade solidária entre família, sociedade e Estado determinou a absoluta prioridade, com proteção integral, à criança e ao adolescente, de modo que a privação de liberdade não deve ser a primeira opção.

Para evitar distorções do sistema, considera-se que o direito penal deve ser apenas a última via de punição, conforme expressa a letra da Lei, tendo em vista que por princípio, o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao adulto, sofrendo mínima intervenção nos termos do artigo 35 do SINASE:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

- I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
- II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
- III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
- IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
- V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) ;
- VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
- VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status ; e
IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

Assim, apenas a análise do texto legal e o auxílio da semântica seriam suficientes para que, por si só, as medidas mais extremas fossem afastadas do ato infracional por tráfico de drogas, em função da ausência de violência e grave ameaça, e de, em algumas situações, configurarem um agravamento em relação ao tratamento conferido ao adulto que responde por conduta análoga.

Entretanto, como os números apontam, não foi suficiente apenas o texto legal para barrar a prática, sendo necessária a sumulação do assunto junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), dada a prática reiterada dos Tribunais Estaduais em internarem os adolescentes nessas situações.

A Súmula 492 do STJ foi aprovada em 08 de agosto de 2012², e, ainda assim, como vimos, os números de internação por prazo indeterminado no Estado de São Paulo por ato infracional análogo ao tráfico de drogas, continuam a representar mais de 40% (quarenta por cento) dos educandos da Fundação CASA.

Assim, além de demonstrar as razões pelas quais a exclusão das medidas socioeducativas em meio aberto, o julgador deveria ainda, nos termos do artigo 489, §1º, VI do CPC, demonstrar porque a Súmula do STJ foi afastada.

A realidade social demonstra que, mesmo com todos os elementos apontando para a desnecessidade da aplicação de medida socioeducativa de internação para adolescentes condenados por ato infracional análogo ao de tráfico de drogas, há ainda no imaginário judicial a existência de violência social nestes crimes.

Outra crença fixada, que pode levar tempo para ser desfeita, está diretamente ligada ao período do Código de Menores, em que vigia a ideia de situação irregular, quando se conectava automaticamente carência social à criminalidade dos jovens.

Charles Peirce ao trabalhar com as crenças fixadas e das certezas que se formam na mente afirma que

é certo que, em geral, raciocinamos corretamente por força da própria natureza. Isso é, porém, acidental; a conclusão verdadeira continuaria a ser

² https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/S%C3%BAmulas_491a493_STJ.pdf
acessado em 02/12/2022 às 10h30

verdadeira, ainda que não nos sentíssemos inclinados a aceitá-la; e a conclusão falsa permaneceria falsa, ainda que não pudéssemos resistir à tendência de nela acreditar. (PEIRCE, 1972)

Percebe-se que a lógica do sistema anterior fazia sentido no sistema anterior, sua reprodução restou enraizada no imaginário popular e jurídico, com aplicação pela restrição de liberdade independentemente da existência dos elementos caracterizadores, desde que, o jovem estivesse em situação irregular na tutela dos pais ou próximo da criminalidade.

Entretanto, com a inauguração de uma nova ordem constitucional e a introdução de uma nova filosofia jurídica, deu-se o rompimento total com o sistema anterior, instaurando-se a Teoria da Proteção Integral que pressupõe a individualização da conduta com certeza de autoria e materialidade, além da proibição do tratamento mais gravoso ao adolescente do que ao adulto.

Aqui, nasce uma dúvida genuína em todo o sistema, mas que não teve o amadurecimento necessário, mesmo distante mais de 30 (trinta) anos do rompimento, e, talvez o cenário se mantenha porque não queremos enfrentá-la, pois nas palavras de Charles Peirce

a dúvida é um estado desagradável e incômodo, de que lutamos por libertar-nos e passar ao estado de crença; este é um estado de tranquilidade e satisfação que não desejamos evitar ou transformar na crença em algo diverso. Pelo contrário, apegamo-nos tenazmente não apenas a crer, mas a crer no que cremos. (PEIRCE, 1972)

Assim, ao menos ao que tudo indica, os juristas e tribunais ainda estão presos na crença de que o tráfico de drogas, ou mesmo a proximidade com ele – já que não há um parâmetro mínimo para determinar a diferença entre usuário e traficante – são elementos ensejadores o suficiente para a restrição de adolescentes em conflito com a lei.

Não basta a norma apontar indícios, ser expressa ou a jurisprudência em tribunais superiores se formar nesse sentido, quando na prática, sem medir as consequências das decisões judiciais, o Poder Judiciário continua a política de encarceramento em massa de parte da juventude.

O pragmatismo se mostra como instrumento adequado para mudar essa realidade, caso o enfrentamento da crença fixada, utilizando o antifundacionalismo arraigado de ideias e ideais pré-concebidos que foram superados pela realidade social, bem como o contextualismo dos jovens que, para além da proximidade com a criminalidade, devem ser protegidos socialmente, por meio da rede de profissionais, antes de se optar pela segregação

e suas consequências, tendo em vista que a introdução do jovem no Sistema Socioeducativo em sua forma mais gravosa pode não ter efeitos positivos na formação de sua identidade.

5 CONCLUSÃO

Os estudos da Infância e Juventude, notadamente no que tange à Socioeducação ainda carregam em si, parte do imaginário comum e corrente dos atores que manejam o processo, fortes características da Teoria da Situação Irregular, em que o principal objetivo, como disposto em seu texto de abertura, previa-se como o menor abandonado ou delinquente no diploma de 1927, substituído pela ideia de assistência, proteção e vigilância a menores .

Contra isso, a Teoria da Proteção Integral estabelece nova plataforma de pensamento, alçando crianças e adolescentes, independentemente da posição familiar e social, a sujeitos de Direito dotados de garantias mínimas de observância obrigatória por todos de modo concorrente, desde a família, passando pela sociedade e pelo dever do Estado.

O ato infracional equiparado ao tráfico de drogas é apenas um exemplo em um universo muito maior para a autonomia plena do Direito da Infância e Juventude como um todo, possuindo um longo caminho que deve ser percorrido.

Como resquício do Código Mello Mattos e da Teoria da Situação Irregular, há uma discricionariedade enorme do Poder Judiciário sobre a condução daqueles que eram considerados menores e abandonados.

Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito oferece mecanismos e ferramentas para aprimorar a aplicação do Direito nessa seara, tal qual ocorre nos demais ramos, cabendo à doutrina e à jurisprudência o aprimoramento dos termos escolhidos pelo legislador ordinário como moldura e limitadores.

Nesse sentido, o pragmatismo, especialmente as ideias formuladas por Charles Peirce sobre a fixação de crenças mostram-se como instrumento adequado para pensar e reformular parte do pensamento jurídico que claramente tem resquícios do sistema anterior.

REFERÊNCIAS

- _____. Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores.
- _____. Decreto-Lei nº 6.026, de 24 de Novembro de 1943. Dispõe sobre as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos considerados infrações penais e da outras providências.
- _____. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores.
- _____. Constituição Federal de 1988.
- _____. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 492. Diário da Justiça Eletrônico. Edição nº 1110 - Brasília, Disponibilização: Sexta-feira, 10 de Agosto de 2012. Publicação: Segunda-feira, 13 de Agosto de 2012. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/SC3%BAmulas_491a493_STJ.pdf acessado em 25/06/2022.
- _____. Boletim Estatísticos – Fundação CASA Disponível em: <https://fundacao-casa.sp.gov.br/index.php/boletins/> acessado em 25/06/2022.
- CARDOSO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial** in Morris Clarence org. Os grandes Filósofos do Direito. Martins Fontes: São Paulo, 2002
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Interpretação Como Ato de Conhecimento e Interpretação como Ato de Vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica.** Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (org.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CURY, Munir (coor). **Estatuto da criança e do adolescente comentado – comentários jurídicos e sociais.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2005
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente – Aspectos teóricos e práticos.** 6ª Ed., Saraiva, 2013.
- PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e Filosofia. Textos escolhidos de Charles Santos Perice.** Introdução, Seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo, Ed. Cultrix, 1972.
- POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- REGO, George Browne. **O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo.** Revista Duc In Altum Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jul-dez. 2009.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Alexandre de Moraes Rosa, Ana Christina Brito Lopes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA João Batista Costa. **Compendio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional**. João Batista Costa Saraiva. 4. Ed. rev. atual. Incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009 – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 176.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito – uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996.