

TESE 104

Proponente: Adriano Pinheiro Machado Buosi

Área: Infância e Juventude

Súmula: Com o trânsito em julgado da aplicação da medida de internação, ocorre a perda superveniente da pretensão socioeducativa na apuração de atos infracionais cuja data antecede o início da medida.

ASSUNTO

INFÂNCIA E JUVENTUDE. APLICAÇÃO DEFINITIVA DE INTERNAÇÃO SOCIOEDUCATIVA. IMPUTAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS DIVERSOS COM DATA ANTERIOR AO INÍCIO DA MEDIDA. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NA APURAÇÃO DESTES ATOS. EXTINÇÃO DA AÇÃO SOCIOEDUCATIVA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A presente tese tem por fundamento o cumprimento das atribuições previstas no artigo 5º, inciso VI, alíneas "c" e "i" da Lei Complementar Estadual 988/2006.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A formulação da tese parte da dimensão já pacificada de que nenhum adolescente pode ser tratado de forma mais gravosa que um adulto. Esta visão gera efeitos não unicamente no campo do Direito Material, quando se comparam a aplicação da pena para o adulto e da medida socioeducativa para o adolescente, mas igualmente se estende às garantias processuais, de maneira que se aplica por analogia o regramento do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal às ações socioeducativas.

A vedação ao tratamento mais severo do adolescente advém naturalmente do artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, ao trazer o princípio da igualdade, mas também possui respaldo em Convenções Internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro, como o artigo 54 da Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de RIAD, e o artigo 3.1 das Regras de Beijing. Recentemente, foi igualmente previsto na legislação ordinária, no artigo 35, inciso I da Lei 12.594/12, nomeado como "*princípio da legalidade*".

Assim sendo, existe um conjunto de regras voltadas ao mundo adulto que, ainda que analogicamente, será aplicado ao processo socioeducativo, especialmente no que diz respeito a direitos e garantias processuais, uma vez que, do contrário, haveria um tratamento mais gravoso ao adolescente. Isso também já seria uma decorrência lógica da interpretação do artigo 110 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante a observância do devido processo legal, e do artigo 111, que traz rol exemplificativo de garantias processuais.

O Estatuto, ao prever o procedimento para apuração de ato infracional, traz determinadas especificidades, mas permite expressamente a aplicação da normativa processual pertinente, de forma subsidiária, conforme a dicção do artigo 152. Assim, é indiscutível que devem ser aplicadas ao processo socioeducativo as normas do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal que forem pertinentes.

Atualmente é pacífico que as medidas socioeducativas guardam não apenas um caráter pedagógico, mas igualmente um viés punitivo, de maneira que ambos devem estar presentes para que haja interesse jurídico na apuração de um ato infracional e na aplicação de uma medida; ausente quaisquer deles, não subsiste a pretensão estatal na continuidade da ação. Este duplo caráter é evidente na leitura do artigo 1º, §2º da Lei 12594/12, que traz os objetivos das medidas socioeducativas.

Feitas estas considerações, é preciso ter em mente noções de teoria geral do processo. O artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil incorporou ao sistema processual brasileiro a teoria das condições da ação, segundo a qual a possibilidade de se veicular judicialmente uma pretensão e obter um julgamento acerca do mérito está condicionada ao preenchimento de determinados requisitos. Embora haja muita discussão doutrinária acerca da natureza e dos efeitos das condições da ação, o fato é que a legislação processual as aceita, e condiciona um julgamento com resolução de mérito à sua presença. De acordo com o dispositivo supracitado, são consideradas condições da ação a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse de agir.

Conforme as lições de Cintra, Grinover e Dinamarco, *“a exigência da observância das condições da ação deve-se ao princípio de economia processual: quando se percebe, em tese, segundo a afirmação do autor na petição inicial ou os elementos de convicção trazidos com ela, que a tutela jurisdicional requerida não poderá ser concedida, a atividade estatal será inútil, devendo ser imediatamente negada”*^[1].

A incorporação da teoria das condições da ação visa, desta forma, preservar o Poder Judiciário, e todos os atores processuais, de um trabalho inútil, uma vez que a tutela jurisdicional pretendida não gerará efeitos no campo material.

Parte da doutrina entende que as condições da ação aplicam-se igualmente ao processo penal, seguindo-se uma mesma formulação jurídica ou somando-se a outras condições, mas sem alteração substancial de seus conceitos. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco: *“Do mesmo modo que a ação civil, a penal está sujeita a condições. Em princípio, trata-se das mesmas acima; mas a doutrina costuma acrescentar, às genéricas, outras condições que considera específicas para o processo penal e que denomina condições específicas de procedibilidade”*^[2].

Contudo, parcela considerável da doutrina processual penal critica a expansão dos conceitos do processo civil para atender às especificidades do processo penal, e propõe uma construção diversa. É o caso de Lopes Júnior: *“Agora, diante da necessidade de respeitarem-se as categorias jurídicas próprias do processo penal, devemos buscar as condições da ação dentro do próprio Processo Penal, a partir da análise das causas de rejeição da acusação [...] Daí podemos extrair as condições da ação penal: prática de fato aparentemente criminoso – fumus commissi delicti; punibilidade concreta; legitimidade de parte; justa causa”*^[3].

Também esta parcela da doutrina, ao prever condições específicas da ação no processo penal, o faz para que seja observado o princípio da economia processual: *“considerando o custo que encerra o processo e o fato de não haver possibilidade de – a qualquer momento – ser extinto sem julgamento de mérito, a análise das condições da ação como requisitos a serem preenchidos para o nascimento do processo e obtenção da tutela pedida é fundamental”*^[4]

Prevalendo uma ou outra corrente no que diz respeito ao processo de apuração de atos infracionais, o fato é que as condições da ação são parâmetros para a análise da viabilidade e utilidade da ação, pois somente pode ser considerado válido um procedimento que possa, ao final, gerar efeitos práticos. Assim, para efeito da presente tese, são fundamentais as noções de interesse de agir, advinda do Processo Civil, e de justa causa, advinda do Processo Penal.

O interesse de agir, conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, *“assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição [...], não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil”*^[5] Em mesmo sentido Gonçalves: *“Para que se tenha interesse é preciso que o provimento jurisdicional seja útil a quem o postula”*^[6].

Ao tratar das condições da ação que seriam específicas do Processo Penal, Lopes Júnior assim trabalha a noção de justa causa: *“considerando a instrumentalidade constitucional do processo penal, conforme explicamos anteriormente, o conceito de justa causa acaba por constituir numa condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar. [...] A justa causa identifica-se com a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação (e a própria intervenção penal)”*^[7].

E complementa: *“Quando se fala em justa causa, está se tratando de exigir uma causa de natureza penal que possa justificar o imenso custo do processo e as diversas penas processuais que ele contém. Inclusive, se devidamente considerado, o princípio da proporcionalidade visto como proibição de excesso de intervenção pode ser visto como a base constitucional da justa causa. Deve existir, no momento em que o juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, uma clara proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual, de um lado, e o custo do processo penal, de outro”*^[8].

A natureza parcialmente punitiva do próprio processo socioeducativo, como mencionado pelo autor acima, e os altos custos do processo, são fatores que levam à configuração de excesso de acusação em casos de ações sem resultado prático efetivo ao seu término, pois afiguram-se desproporcionais quando comparados os meios utilizados e os fins possíveis.

No campo do Direito da Infância e Juventude, há expressa previsão que permite a incorporação destas noções conceituais. É o caso, v.g., do artigo 100, p.u., incisos VII e VIII c.c. artigo 113 do Estatuto, que trazem o princípio da mínima intervenção (somente deve haver intervenção estatal se tal ação for indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção do adolescente) e os princípios da proporcionalidade e atualidade (a intervenção deve ser a estritamente necessária e adequada à situação de perigo em que o adolescente se encontra no momento da decisão). A excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição das medidas, a

proporcionalidade à ofensa cometida, e a mínima intervenção também são princípios que foram expressos pelo artigo 35 da Lei 12594/12.

Na visão de Shecaira, "... o *Direito Juvenil* deve situar-se como ultima ratio do sistema de justiça da infância e juventude, aspecto que foi plenamente assumido pelo legislador ordinário. [...] verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá (e não necessariamente deverá) aplicar aos adolescentes medidas socioeducativas. Na prática, o representante do Ministério Público não se obriga a representar (oferecer denúncia) à autoridade judiciária e esta a aplicar a medida socioeducativa"^[9].

A visão do autor traduz o princípio da oportunidade, que vige em matéria de infância e juventude, sendo que a aplicação – e mesmo a execução – das medidas socioeducativas está condicionada à presença do binômio necessidade-utilidade. Assim, não existe por parte do Ministério Público ou da autoridade judiciária a obrigação de perseguir a todo custo a imposição de uma medida socioeducativa, mas sim deve ter como parâmetro a necessidade e utilidade de sua aplicação considerados o seu duplo viés pedagógico-punitivo e as condições pessoais do adolescente.

Os Defensores Públicos Barbosa e Souza, de forma contundente, seguem o mesmo entendimento ao interpretar a intervenção mínima: "*desta forma, o Direito Penal Juvenil apenas é invocado como uma ultima ratio, depois da constatação de que os demais sistemas de garantia previstos na legislação infanto-juvenil não foram suficientes para assegurar a manutenção dos padrões normais da vida social. Fala-se, por isso, que o Direito Penal Juvenil segue o princípio da intervenção mínima; realmente, o Direito Penal Juvenil não serve à gestão ordinária de problemas sociais, devendo somente intervir nos casos em que todas as medidas imagináveis, judiciais ou extrajudiciais, não lograrem prevenir a conduta proibida, violadora de bens jurídicos significativos*"^[10].

Finalmente, é preciso ter em mente alguns dispositivos trazidos pela Lei 12594/12, que avançou na regulamentação da execução das medidas socioeducativas.

Em primeiro lugar, merece destaque o artigo 52, que conceitua o Plano Individual de Atendimento (PIA) como sendo o instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente. Assim, a execução da medida socioeducativa deve seguir de forma estrita o planejamento formulado no PIA; com a realização de sua finalidade, a medida deverá ser extinta, como assegura o artigo 46, inciso II.

Tais dispositivos devem ser interpretados de forma sistemática à luz da regra esculpida no artigo 42, §2º, segundo a qual a gravidade do ato infracional, os antecedentes e o tempo de duração da medida não são fatores que, por si, justifiquem a não substituição da medida por outra menos grave. Da mesma forma, não impedem que haja a sua extinção, uma vez que o que se almeja com a medida socioeducativa é alcançar o duplo caráter punitivo-pedagógico. Como dito, estes são os objetivos da medida trazidos pelo artigo 1º, §2º, e a lei é clara ao determinar o seu término quando do alcance de seus objetivos.

Assim, a conclusão que o ordenamento permite é que, para que se extinga a medida socioeducativa, o que realmente importa não é o seu prazo de duração, a gravidade do ato infracional ou a presença de antecedentes, mas sim a forma pela qual o adolescente reage à medida e executa as atividades previstas em seu PIA. É este o grande norteador da execução socioeducativa, em reconhecimento aos princípios do superior interesse do adolescente e da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Por fim, merecem especial atenção as regras trazidas pelo artigo 45, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei 12594/12, que regulam a chamada “unificação de medidas socioeducativas”. A previsão legal determina que, no caso de aplicação de nova medida no transcurso da execução, se procederá à unificação das medidas. Para tanto, a lei expõe alguns parâmetros. Em primeiro lugar, proíbe o Magistrado de determinar o reinício de medida quando procede à unificação, excetuada a hipótese de medida aplicada por ato infracional praticado durante a execução. Em segundo lugar, veda que seja aplicada nova internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído o cumprimento da medida, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida de privação de liberdade.

Estas normas protegem a lógica do sistema socioeducativo, qual seja: a medida visa não apenas punir o adolescente, mas também buscar a sua socioeducação. Quando se fala de internação, isso se torna absolutamente claro, pois a lei não prevê prazo mínimo para sua execução, e determina que deve observar como princípios fundamentais a brevidade e a excepcionalidade. Assim, a medida prevalece apenas pelo tempo que for necessário para se alcançar os objetivos socioeducativos, e de acordo com o registro de metas e atividades elencados no PIA.

Portanto, quando se trata de internação, verifica-se que o trânsito em julgado da sentença que a aplica leva ao esvaziamento da aplicação de qualquer outra medida (inclusive de nova internação) no que diz respeito a atos infracionais praticados anteriormente ao início de sua execução. Isso porque somente é possível trabalhar o adolescente uma única vez quanto ao aspecto pedagógico da medida; tendo ele alcançado os objetivos da internação, a execução de nova medida de idêntica natureza por fatos antigos não representa novo procedimento socioeducativo, mas unicamente uma cruel repetição de seu caráter sancionador. Não é possível “reiniciar” o estágio da vida de um jovem que necessitou da intervenção estatal; passada a execução da medida, trata-se de outra pessoa, o que advém por força das atividades com ele desenvolvidas e até mesmo da passagem do tempo. Em síntese, o processo socioeducativo é uno, inexistente uma relação direta entre o número de atos infracionais praticados e o número de medidas aplicadas.

Tomadas estas lições com o enquadramento do interesse de agir, da justa causa para a ação de natureza penal e do princípio da oportunidade que vige no regramento juvenil, é possível afirmar que o processo de apuração de atos infracionais anteriores à execução da internação perde a sua utilidade prática. Isso porque, caso advenha aplicação de medida menos grave, esta será extinta por força de unificação, uma vez absorvida pela mais grave; caso advenha nova internação, a lei veda o seu reinício, de maneira que também ela será extinta. A conclusão que se chega é que, neste contexto, a ação socioeducativa não guarda nenhuma pretensão estatal, pois nenhum resultado prático advirá ao seu término, ainda que o adolescente seja

responsabilizado. Assim, seja por ausência de interesse de agir na modalidade utilidade, seja por ausência de justa causa, o fato é que a ação deve ser extinta quando presente este cenário, pois estará ausente qualquer pretensão ou finalidade socioeducativa.

Haverá aqueles que entenderão ser útil o prosseguimento da ação, uma vez que somente assim será possível se computar os antecedentes do adolescente. Quanto a este posicionamento, algumas observações devem ser feitas, tendo-se em vista o artigo 122 do Estatuto. Como se sabe, são três as situações que permitem a aplicação da internação: a) o cometimento de ato infracional mediante grave ameaça ou violência contra pessoa; b) a reiteração no cometimento de outras infrações graves; c) o descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

A primeira e a terceira hipótese em nada dependem da quantidade de registros ou responsabilizações que um adolescente ostente, sendo outros os parâmetros que viabilizam a aplicação da internação. Contudo, a segunda hipótese exige que haja a reiteração no cometimento de atos graves, situação sem a qual não será possível a imposição da medida.

Quanto à concepção de reiteração, e à sua confusão com o conceito de reincidência, embora haja discussão doutrinária, já há entendimento pacificado nos Tribunais Superiores:

*HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AOS CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E TRÁFICO DE DROGAS. **MEDIDA DE INTERNAÇÃO. REITERADO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS ANTERIORES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA.***

1. A medida de internação somente é possível nas hipóteses previstas no art. 122 da Lei n. 8.069/1990, ou seja, quando o ato infracional for praticado com grave ameaça ou violência contra a pessoa, quando houver o reiterado cometimento de outras infrações graves ou, ainda, quando haja o descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

2. Esta Corte firmou a orientação de que, para resultar em reiteração de infrações graves (inciso II do art. 122 do ECA), são necessárias, no mínimo, duas outras sentenças desfavoráveis, com trânsito em julgado, não podendo ser computadas as remissões.

3. No caso, o descumprimento de medida anterior, associado à reiteração de infrações anteriores, não recomenda a aplicação de medida menos severa. Medida de internação que, ante a gravidade da conduta infracional e as características e condições pessoais do adolescente, mostra-se adequada e congruente com o propósito curativo e educativo do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Ordem denegada. (HC 215.713/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, J. 03/05/2012, DJe 23/05/2012).

HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO POR MEDIDA SOCIOEDUCATIVA MAIS BRANDA. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA JUSTIFICAR A INTERNAÇÃO. AUSENTES. PRECEDENTES.

1. A medida socioeducativa de internação só deverá ser decretada, de formas excepcional e breve, se o ato infracional ocorrer mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento repetido e injustificável da anteriormente imposta, quando comprovados a sua existência e o indício suficiente de autoria.

2. O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que o ato infracional análogo ao tráfico de substâncias entorpecentes não configura cometimento mediante grave ameaça ou violência à pessoa.

3. Esta Corte Superior mantém a orientação de que, para resultar em reiteração de infrações graves (art. 122, II, da Lei nº 8.069/90), é necessário terem sido prolatadas, no mínimo, três outras sentenças desfavoráveis, com trânsito em julgado, não podendo ser computadas as remissões.

4. O juízo de probabilidades e ilações abstratas não constitui fundamentação idônea a autorizar solução mais gravosa que a prevista em lei, diante da desvinculação com elementos concretos.

5. Ordem concedida, em parte, para revogar a internação e determinar que o Juízo competente para o exame da sindicância estipule medida socioeducativa diversa ao paciente (HC 210.166/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, J. 10/04/2012, DJ e 27/04/2012).

Ato infracional: imposição de medida socioeducativa de internação: ausência dos seus pressupostos (ECA, art. 122, I e II).

1. O regime da medida de internação pressupõe a tipicidade estrita das hipóteses legais que a autorizam. 2. A condenação imposta ao paciente, contudo, amolda-se à conduta descrita como tráfico de entorpecentes (L. 6.368/76, art. 12), na comissão do qual, no caso, não se utilizou de violência ou grave ameaça (art. 122, I, do ECA). 3. **Também não configurada a hipótese do art. 122, II, do ECA: por "reiteração no cometimento de outras infrações graves", à incidência da qual não é suficiente a mera existência de outros processos por fatos anteriores, mas a pré-existência de sentença transitada em julgado, reconhecendo a efetiva prática de pelo menos 2 duas infrações.** 4. Ademais, a "remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes (...)" (ECA, art. 127). 5. Habeas corpus: deferimento para cassar a

sentença, na parte em que impôs a medida de internação ao paciente, a fim de que outra seja aplicada. Extensão dos efeitos da decisão ao outro menor também condenado (HC 88748/SP, 1ª Turma, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, V.U., DJ em 29/09/2006).

Verifica-se, desta forma, que para que haja a reiteração que autoriza a aplicação de internação, é indispensável que haja, de forma prévia ao cometimento do ato infracional, a responsabilização com trânsito em julgado por outros dois atos infracionais graves.

Voltando ao contexto inicialmente exposto, e tomada em consideração a concepção majoritária de reiteração, tem-se que o eventual interesse pelo registro de antecedentes decorrente do prosseguimento das ações de apuração de ato infracional é inócuo para efeito de possibilitar, no futuro, a aplicação de nova medida de internação. Isso porque somente é registro válido para configurar a reiteração a responsabilização por ato infracional cometido após o trânsito em julgado da sentença que aplica a internação que está sendo executada. Em sendo o fato apurado anterior à imposição da medida, não se falará em preexistência de sentença transitada em julgado, o que reafirma a inutilidade de se prosseguir em sua investigação.

Assim sendo, em resumo, em caso de responsabilização de adolescente com aplicação de internação transitada em julgado, ocorre a perda superveniente da pretensão socioeducativa nas ações de apuração de atos infracionais praticados anteriormente ao início da execução da medida, de forma que devem ser extintas sem resolução de mérito.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A tese tem potencial aceitação por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público, uma vez que permite a extinção em massa de processos cujo resultado final será inócuo. Na Vara da Infância e Juventude da Rio Claro passou a ser aplicada após a observação de que a responsabilização por fatos anteriores ao início da internação gerada uma movimentação inútil por parte de todos os atores processuais (Magistrado, Promotoria da Infância, Defensoria Pública e Cartório da Infância e Juventude), com a realização de audiências e atos desnecessários e, em caso de responsabilização, a formação de apensos de execução de medidas que inevitavelmente passam por procedimento de unificação, sendo ao final extintas. Assim, objetiva-se dar efetividade ao princípio da economia processual e mínima intervenção do Poder Público, maximizando o tempo de todos os operadores do Direito envolvidos, permitindo destinar a atenção a outras atividades fundamentais para a garantia e implementação dos direitos das crianças e adolescentes.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A tese é de fácil operacionalização, bastando a inclusão de sua fundamentação jurídica nos pedidos de extinção de ações socioeducativas. Também se recomenda, dentro das naturais possibilidades, que haja prévio diálogo e tentativa de articulação com os Magistrados e Promotores da área da Infância, para que a tese seja compreendida e sejam expostos os seus benefícios para todos os atores processuais.

[1] Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**, Malheiros, São Paulo, 22ª ed., 2006, p. 274.

[2] Id. *ibid.*, p. 274.

[3] Aury Lopes Júnior. **Direito Processual Penal**, Saraiva, São Paulo, 10ª ed., 2013, pp. 366/367.

[4] Id. *ibid.*, p. 363.

[5] Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Op. cit.*, p. 275.

[6] Marcus Vinicius Rios Gonçalves. **Novo Curso de Direito Processual Civil**, Saraiva, São Paulo, 6ª ed., 2009, p. 92.

[7] Aury Lopes Júnior. *Op. cit.*, p. 373.

[8] Id. *ibid.*, p. 374.

[9] Sérgio Salomão Shecaira. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**, RT, São Paulo, 1ª ed., 2008, pp. 147/148.

[10] Danielle Rinaldi Barbosa e Thiago Santos de Souza. **Direito da Criança e do Adolescente – Proteção, Punição e Garantismo**, Juruá, Curitiba, 1ª ed., 2013, p. 137