

TESE 106

Proponente: Edgar Pierini Neto

Área: Infância e Juventude

Súmula: Em atenção ao princípio da atualidade e ao artigo 462 do Código de Processo Civil, a Teoria do Fato Consumado é aplicável às Medidas Socioeducativas.

## **ASSUNTO**

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRINCÍPIO DA ATUALIDADE.

## **ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA**

A presente tese se coaduna com as atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo previstas no artigo 5º, inciso III e inciso VI, alíneas "c" e "i" da Lei Complementar Estadual nº 988/2006.

## **FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

O art. 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente remete à aplicação das regras dos artigos 99 e 100 da mesma lei para definição das medidas socioeducativas.

O art. 100 estabelece no *caput* que a medida aplicável "deverá levar em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários". Com a redação decorrente da Lei 12.010/09, foram mencionados nos incisos desta regra diversos princípios que devem reger a aplicabilidade das medidas, dentre eles os princípios da proporcionalidade e da atualidade, conforme o inciso VIII.

Segundo inteligência deste dispositivo legal, "a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada".

Com isso, é possível aferir que as medidas socioeducativas submetem-se ao princípio da atualidade, devendo o juiz ou tribunal fixá-la, levando em consideração a atual situação do adolescente.

Tal posicionamento é defendido por João Batista Costa Saraiva:

"No caso da utilidade, há que ser levada em conta a dinâmica da vida adolescente, a reclamar um **olhar atual de sua condição pessoal** para o lançamento do *decisum*, em especial em sede de recurso na segunda instância, onde o adolescente em julgamento com certeza já não será o mesmo que se fez sujeito da sanção de primeiro grau. Em especial, se nessa decisão de primeiro grau, foi imposto ao adolescente o cumprimento de medida de meio aberto

e o recurso postula sanção mais severa. Há que se ter em mente, em especial em se tratando de adolescentes, que o tempo do processo não se confunde com o tempo da vida, e que a dinâmica da vida de um adolescente produz, em pouco tempo transformações, para melhor ou para pior, impressionantes, cujas devem ser sempre atualizadas (SARAIVA, João Batista da Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional. 4 ed. Porto Alegre: 2010. p. 253 – grifo nosso)“.

Aliado a isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu art. 122, §2º, o princípio da excepcionalidade da internação, devendo sempre ser analisada a possibilidade de colocação do adolescente em medida menos gravosa, preferencialmente em meio aberto.

Assim, em processos em que adolescentes permanecem em liberdade por longo período, afigura-se totalmente desnecessária a aplicação de medida privativa de liberdade, mormente quando a situação fática da vida deste houver se modificado. As circunstâncias fáticas que se modificaram devem ser levadas em consideração pelo órgão julgador no momento da aplicação da medida socioeducativa, consoante inteligência do art. 462 do CPC.

Para estes casos, perfeitamente possível a aplicação da Teoria do Fato Consumado, segundo a qual “o tempo consolida os fatos jurídicos, os quais devem ser respeitados, sob pena de causar à parte desnecessário prejuízo e afronta ao disposto no art. 462 do CPC” (REsp 833.692/AM).

Não levar em consideração as atuais circunstâncias fáticas, significa extirpar o caráter pedagógico da medida socioeducativa, estatuído no art. 1º, §2º, II, da Lei 12.594/12.

Vale lembrar que a tese vem ganhando guarida na Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

MENOR. Tráfico de entorpecentes. Aplicação da medida de liberdade assistida. Apelo do Promotor de Justiça pleiteando a imposição do programa de internação. Excepcional descabimento. Situação que se supõe ter sido consolidada, pois o julgamento e a medida eleita remeteram-se a junho de 2013, sem haver notícias de recidiva. Incidência da teoria do fato consumado. Apelo desprovido (TJSP, Ap. 0009232-34.2013.8.26.0114, Câmara Especial, Rel. Carlos Dias Motta, julgado em 27/01/2014, publicado em 03/02/2014 – grifo nosso).

MENOR –ATO INFRACIONAL – Roubo duplamente majorado e receptação – Aplicação dos programas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade – Apelo do Dr. Promotor de Justiça pleiteando a imposição do programa de internação – Excepcional descabimento – Situação que supõe ter se consolidado, eis que o julgamento em primeiro grau e o programa eleito remetem a fevereiro de 2013, sem existir notícias de recidiva – Incidência da teoria do fato consumado – Medida de

internação que só se justificaria em havendo prova da insuficiência da aqui impugnada – Apelo desprovido. (TJSP, Ap. 0000109-40.2013.8.26.0428, Câmara Especial, Rel. Des. Costabilè e Solimene, publicado em 26.09.2013 – grifo nosso).

MENOR. Ato infracional. Crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Sentença que julgou procedente a representação e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida. Apelo do Promotor de Justiça, pleiteando a imposição do programa de internação. Excepcional cabimento. **Situação que se supõe ter sido consolidada. Incidência da teoria do fato consumado.** Ressalvada a medida de internação aplicada em outro processo, por fato posterior. Recurso não provido, com ressalva. (TJSP, Ap. 0058194-25.2012.8.26.0114, Câmara Especial. Rel. Des. Carlos Dias Motta, julgado em 11/02/2014, publicado em 24/02/2014 – grifo nosso).

Desta forma, nos casos em que o adolescente permanecer em liberdade durante o processo por tempo razoável, cabe ao Defensor Público requerer a aplicação da Teoria do Fato Consumado, podendo destacar ausência de reiteração infracional, retorno aos estudos/trabalho, início de tratamento de saúde mental, dentre outros.

## **FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA**

É muito comum que Defensores Públicos atuantes na área da infância infracional se deparem com casos em que o juiz aplica, na sentença, medida em meio aberto, mormente em casos de tráfico de entorpecentes para adolescentes primários e, em recurso da acusação, o Tribunal de Justiça reforma a sentença e fixa a medida de internação.

Também não são raras situações em que a internação provisória do adolescente é revogada (muitas vezes pelo excesso de prazo para conclusão do feito) e, em virtude do grande volume de audiências, este permanece por longo período em liberdade, sobrevivendo, entretanto, na sentença, a aplicação da medida de internação, baseada exclusivamente na gravidade em abstrato do ato infracional e, muitas vezes, também na vida pregressa do adolescente.

A Defensoria Pública deve chamar a atenção dos juízes e tribunais para aplicação da Teoria do Fato Consumado, levando-se em consideração os princípios da atualidade e excepcionalidade da medida de internação, bem como o teor do art. 462, do CPC.

## **SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO**

A operacionalização da tese é simples.

Verificando que o adolescente está ou permanecerá em liberdade por período razoável durante o trâmite do processo, o Defensor Público pode invocar o cabimento da referida tese em alegações finais, em razões e contrarrazões de apelação.

Também é possível a interposição de recurso especial, pois há violação a dispositivos de Lei Federal.

Por fim, nada obsta a impetração de *habeas corpus*, desde que as alegações estejam comprovadas nos documentos que deverão instruir o *writ*. Para tanto, podem ser juntados os seguintes documentos: declaração de escolaridade/trabalho, certidão de antecedentes atualizada, atestado médico, dentre outros.