

A Perda do Interesse de Agir na Ação Socioeducativa Pública.

Há algum tempo, vem aos poucos se sedimentado na doutrina e no entendimento dos Tribunais brasileiros que a aplicação da medida socioeducativa por fato anterior ao que deu ensejo à aplicação da Internação não poderia ser levada a efeito em razão da perda do interesse de agir por parte do Estado.

Tal entendimento se assenta na premissa básica de que a aplicação de medida socioeducativa igual ou menos gravosa que a internação, após o cumprimento desta, não teria razão de ser, eis que a leitura do art. 45, § 2º, da Lei nº. 12.594/12 Lei do SINASE, não o permitiria.

Não concordamos com tal entendimento.
Mas vamos ao texto legal:

“Art. 45. Se, no transcurso da execução, sobrevier sentença de aplicação de nova medida, a autoridade judiciária procederá à unificação, ouvidos, previamente, o Ministério Público e o defensor, no prazo de 3 (três) dias sucessivos, decidindo-se em igual prazo.

§ 1º É vedado à autoridade judiciária determinar reinício de cumprimento de medida socioeducativa, ou deixar de considerar os prazos máximos, e de liberação compulsória previstos na [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 \(Estatuto da Criança e do Adolescente\)](#), excetuada a hipótese de medida aplicada por ato infracional praticado durante a execução.

§ 2º É vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema”.

O entendimento já referido vai ganhando corpo, mas continua sendo objeto de discussão.

Das afirmações mais tímidas às mais enfáticas interpretações a respeito do tema parece que se está no caminho de que, julgado o segundo ato infracional, não existe a possibilidade da aplicação da medida de internação por fato anterior, caso o posterior já tenha sido objeto de aplicação e cumprimento da medida mais gravosa. O que, em tese, resulta plausível.

Entretanto, temos que atentar para os motivos que ensejaram tal entendimento na doutrina e que levaram o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul à sua aceitação.

Da Origem Doutrinária de Tal Entendimento:

A doutrina, ao que nos parece, desposa tal interpretação com base nos ensinamentos do conhecido especialista em tal matéria, João Batista da Costa Saraiva.

Trata-se do **Compendio de Direito Penal Juvenil, Adolescente e Ato Infracional**¹.

Dentre os doutrinadores que fazem alusão expressa ao texto da obra de Saraiva, podemos citar Mário Luiz Ramidof² e Paulo Henrique Aranda Fuller³.

Pois bem, na obra de Saraiva, o festejado e sempre correto autor **trata do** projeto na situação em que aquele se encontrava em 2009, eis que ainda não havia sido transformado em lei com o devido e necessário sancionamento, pois a lei somente entrou em vigor a partir de 2012 e a obra do Professor Saraiva data de 2010, como acima se pode ver. Assim, a menos que Saraiva tivesse conhecimento a respeito do texto definitivo da lei, a obra estaria defasada em relação ao texto legal.

¹ 4ª edição revista e atualizada incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/09, Livraria do Advogado, 2010.

² SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012, Saraiva, Ed. 2012.

³ Estatuto da Criança e do Adolescente, Elementos de Direito, Revista dos Tribunais, 3ª Edição 2012.

Não é por outro motivo que Saraiva se refere à carência de norma expressa a respeito da matéria.

Senão vejamos:

“Como já abordado neste trabalho”, no capítulo relativo à unificação das medidas socioeducativas, diante da ideia de que, por fato anterior ao início de cumprimento da medida socioeducativa de internação não se pode superar o módulo máximo de três anos, e que somente novo ato infracional praticado após o início da medida de internação permitirá a retomada da contagem deste prazo máximo de três anos (a partir da nova internação), se extrai uma consequência lógica: **Não há razão, em vista do interesse jurídico de agir, ao menos em face da pretensão socioeducativa deduzida na Representação** (grifo nosso), em manter em andamento procedimentos relativos a atos infracionais praticados antes do início da medida socioeducativa de internação.

“Embora o tema careça de uma regulamentação legislativa expressa apesar do regramento proposto no SINASE (grifo nosso), nessa mesma linha, **essa consequência se extrai do próprio conjunto normativo encerrado no Estatuto enquanto microssistema jurídico, que incorpora a sistemática garantista do Direito Penal**, (grifo nosso) sem prejuízo de outros benefícios próprios da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento que ostenta o adolescente, formando-se um microssistema. Daí por que ser um Direito Penal Juvenil, com a devida dimensão deste adjetivo.

“Uma vez imposta ao adolescente a medida socioeducativa de internação, que é de todas a mais gravosa (representando assim o que de “pior” poderia acontecer ao adolescente), não há sentido na continuidade dos demais procedimentos para apuração de ato infracional porventura em face de instrução, por fatos anteriores à internação.

“Assim, cumpre que se extingam os procedimentos anteriores, por ausência de interesse jurídico de agir, na medida em que a pretensão socioeducativa do Estado em face deste adolescente já acionou o que de mais gravoso dispunha para alcançar seu fim”⁴.

⁴ Obra citada, páginas 187 e 188.

O fato é que a interpretação do Professor Saraiva deu ensejo ao posicionamento da jurisprudência, embora parem dúvidas sobre o assunto.

Este entender tem balizado algumas decisões recentes da 8ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Habeas Corpus Nº 70055117998, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 25/07/2013 ou Habeas Corpus Nº 70049558133, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/06/2012).

Diante do grande respeito que nutrimos por aquela Corte, a título de contribuição, temos que tecer algumas considerações.

Em primeiro lugar, não é verdade que não exista norma jurídica expressa a respeito do tema, como menciona a obra de João Batista da Costa Saraiva. Isto ocorre pelo simples motivo de que a obra tratava do Projeto de Lei e não do texto final do Novo Diploma Legal, como antes referido.

Vejamos novamente a Lei.

O artigo 45, § 2º, da Lei nº. 12.594/1246 é expresso e diz como antes exposto que:

§ 2º É vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema.

Com a repetição do texto e os grifos realizados, não pretendemos desprestigiar a obra do grande doutrinador, pelo qual nutrimos profundo respeito e admiração. Estamos mostrando duas coisas que o presente estudo já pode ter deixado transparecer:

Primeiro: que ao tempo em que ela foi escrita (2010), o autor desenvolvia um excelente trabalho a respeito do Projeto de Lei do SINASE, (PL. nº 1.627/2007), não podendo realizar tarefa premonitória; mas realizando raciocínio no sentido de harmonizar o que até então existia com o sistema jurídico em vigor. E de fato o fez com brilhantismo.

Entretanto, passado aquele momento e tendo entrado em vigor a lei, entendemos que não se torna possível a reprodução, de forma automática, em obras de doutrina e nos julgados, daquilo que antes se sustentava. Simplesmente, por que da Lei de 2012, em seu art. 45, § 2º regulamentou de maneira expressa, não permitindo a aplicação de medida da medida socioeducativa de internação, mas não toda e qualquer medida. Afinal, haveria sentido em buscar-se a aplicação sistemática referindo-se a uma lacuna inexistente no ordenamento jurídico vigente?

Não nos parece que assim seja, afinal, como leciona o Mestre Carlos Maximiliano⁵:

“Interpretar é explicar”, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.

“Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; por que tudo se interpreta; inclusive o silêncio”. (página 23)

...

“Graças ao conhecimento dos princípios que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto. Estrema-se do conjunto a que parece aplicável o fato. O trabalho não está ainda concluído. **Tôda a lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados**

⁵ em sua obra *Hermenêutica Jurídica e Aplicação do Direito* (Freitas Bastos, 1957).

práticos, se não se verificarem, com esmero, o sentido e alcance das prescrições”⁶.

Mas como com proceder-se a interpretação sistemática. É novamente Maximiliano quem responde:

“Consiste o processo Sistemático em comparar dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito de outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma”

...

“Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio.”

...

“Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço”⁷.

Ora, o preceito a que se refere o Mestre Maximiliano é o preceito legal. Desta forma, a interpretação sistemática há que levar em conta o texto da lei e não o do projeto.

Superada esta etapa do estudo, temos que nos indagar em que consiste o interesse de agir.

⁶ página 24, com grifo nosso, preservando a grafia da época.

⁷ obra citada, páginas 164 a 166.

Do que Seja Interesse na Aplicação da Medida Socioeducativa:

Muito se tem discutido a respeito da perda do interesse de agir na aplicação da medida socioeducativa.

Mas, antes de qualquer coisa, temos que verificar quais os dois aspectos que norteiam tal medida.

Um deles com certeza é o **aspecto predominantemente pedagógico**, por todos repetidos e que justifica, por exemplo, a aplicação da internação em módulo inferior ao máximo. Tal ocorre na praxe forense quando a autoridade judicial, analisando o Plano de Atendimento Individual do Interno e, amparado no Estudo Social, conclui que não existem motivos plausíveis para a manutenção da medida após o transcurso de um ano de cumprimento, por exemplo; pode concluir que o jovem já foi reeducado.

Outro é o **aspecto retributivo**, mencionado por João Batista da Costa Saraiva como sendo o “caráter aflitivo” inerente à medida socioeducativa e que fecha as portas para aqueles que confundem inimputabilidade com não responsabilização do adolescente pela prática do ato.

Neste passo, ainda, em muito pertinente à preleção daquele ilustrado jurista, em sua obra *Desconstruindo o Mito da Impunidade. Um Ensaio de Direito Penal Juvenil*⁸:

“O Caráter retributivo das medidas socioeducativas, de quaisquer delas, mas especialmente daquelas privativas de liberdade, não prevalece sobre sua carga pedagógica. Porém, não pode ser desconsiderado. As Medidas Socioeducativas guardam, no que respeita ao seu caráter de retribuição face alguma conduta infracional, certa simetria ao sistema penal, com seu caráter aflitivo, como lecionava o grande Basileiu Garcia, a enfatizar este (o grau de aflitividade) como traço caracterizador da sanção”

Isto referido, perguntamos o que seja o interesse de agir na ação socioeducativa pública?

⁸CEDEDICA, 2002, página 51.

Há algum tempo tem-se afirmado que estamos diante de um Direito Penal Juvenil. Talvez a obra pioneira no Brasil tenha sido a publicada por Karina Batista Sposato⁹.

Mas não precisamos ir tão longe, eis que é novamente o Ilustrado João Batista da Costa Saraiva quem esclarece na obra “Adolescente em Conflito com a Lei. Da indiferença à proteção integral”¹⁰:

“Cumpre reafirmar que o cabimento da aplicação da medida socioeducativa ao adolescente infrator deve ser considerada sob o prisma e sob os fundamentos do Direito Penal.

“Por sua natureza jurídica, a Medida Socioeducativa se constitui em um sancionamento estatal, limitador da liberdade do indivíduo (mesmo aquelas em meio aberto), tanto que somente o Judiciário pode impô-la, mesmo nos casos em que esta venha a ser concertada pelo Ministério Público em sede de remissão.”.

A compreensão deste direito autônomo tem permitido a aplicação da prescrição da medida sócio educativa, no âmbito dos nossos tribunais, em especial junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹¹.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a Prescrição Penal com base no sistema do Estatuto Penal Pátrio, consoante matéria corporificada na Súmula 338, daquela Corte.

Mas, e quando se trata de discutir o que seja interesse de agir?

Bem, aí pisamos em terreno movediço, pois não é fácil de ser identificado.

Sabendo-se que o *Sistema Recursal* do Estatuto da Criança e do Adolescente está firmado na *sistemática do Código de Processo Civil*, alguns afirmam que ao Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado ao CPC por inteiro.

⁹ Direito Penal Juvenil, São Paulo, RT 2006.

¹⁰ Livraria do Advogado, 2002, página 81.

¹¹ v.g., Apelação Cível nº 70055339931, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 06/08/2013.

Isto nos parece impensável.

Primeiro porque reconhecer-se que o Sistema Recursal do Estatuto é o mesmo que o do CPC (regra expressa do art. 198, do ECA) não significa chegar-se ao entendimento açodado de que todo o Sistema Processual seja o mesmo da lei adjetiva civil.

Segundo porque o próprio ECA menciona em seu art. 152 que “Aos Procedimentos gerais regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”.

Mas qual a legislação processual pertinente na situação aqui tratada?

Aqui, nos permitimos refletir: se Direito Penal é, como Direito Penal deve ser tratado.

Não é por outro motivo que Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre e Rogério Sanches Cunha mencionam¹²:

“Nos termos do art. 152 do Estatuto, aos procedimentos por ele regidos, aplica-se, subsidiariamente, a lei processual. Em particular à apuração do ato infracional praticado por adolescente, aplica-se o Código de Processo Penal.”

Assim, aceita a existência do “Direito Penal Juvenil” e entendendo-se aplicáveis as regras próprias do processo penal é dele que temos que tratar. Portanto nos cabe raciocinar com o auxílio de um especialista daquele ramo do conhecimento jurídico.

Para Edilson Mougnot Bonfim, as condições genéricas da ação são a possibilidade jurídica do pedido, “*letimatio ad causam*” e o *interesse de agir*.

*Abordando o tema em seu Curso de Processo Penal*¹³, Mougnot referindo-se ao *interesse de agir* menciona:

¹² Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, RT, 2012, página 458.

¹³ Saraiva, 2008, páginas 147 e seguintes

“Em geral, **o interesse de agir** é entendido como a reunião de três requisitos, sejam eles: a necessidade de agir em juízo, a adequação da medida pleiteada e a utilidade do provimento jurisdicional final. Parte da doutrina inclui nesse rol, ainda um quarto elemento: a justa causa para o ajuizamento da ação penal.

A necessidade de agir em juízo consubstancia-se na circunstância de que a pretensão do autor não possa ser satisfeita por outro meio senão pelo pronunciamento jurisdicional. Ocorre que, ao contrário do que se verifica no processo civil, toda pretensão de natureza penal somente poderá ser satisfeita pelo poder jurisdicional, após o devido processo legal.

Enquanto o devedor cível sempre poderá quitar voluntariamente a dívida cobrada, o infrator penal jamais poderá voluntariamente submeter-se à sanção penal sem que antes disso tenha sido devidamente julgado e condenado. Por isso, no âmbito do direito, a necessidade de agir em juízo consubstancia-se em a existência de uma situação de fato, concreta, que tenha constituído infração penal. Uma vez que o acusador afirme a ocorrência de infração penal, far-se-á necessário, pelo menos em tese, o pronunciamento jurisdicional.

A adequação, por sua vez, emerge da compatibilidade entre o fato narrado pelo autor da ação e a consequência jurídica que ele pleiteia com fundamento nesse fato. No caso do processo penal, será adequado o pedido quando, narrada uma conduta típica, o acusador pleitear a condição do acusado, de acordo com os parâmetros do tipo incriminador, que estabelece a punição objetivamente adequada para cada delito.

No que tange à **utilidade**, expressa-se ela no caso concreto na idoneidade do processo para ensejar, em seu final, os efeitos que dele se deseja. “A ação penal condenatória tem por finalidade impor no caso concreto determinada pena ao acusado” (grifos nossos)

Aqui, aplaudindo os ensinamentos de Mougnot, verificamos que o interesse de agir não pode ser tomado no sentido do Processo Civil, pois os conceitos acima referidos são diferentes daqueles atinentes àquele ramo do direito.

Caso fizessemos uso dos conceitos daquele outro ramo do direito adjetivo, como querem alguns, estaríamos

negando a existência de um sistema próprio que se constituiu desde o advento do Estatuto e que foi reafirmado no texto atual da Lei do SINASE. Mais, estaríamos colocando por terra os ensinamentos do próprio Saraiva.

Portanto, devemos buscar elementos que nos permitam verificar a existência do interesse de agir, conciliando o direito material com a norma adjetiva e respeitando as peculiaridades dos procedimentos para a apuração e aplicação das medidas socioeducativas constantes do ECA e da Lei do SINASE. Evidentemente, vamos resguardar os aspectos pedagógico e retributivo (“aflictivo”) na medida socioeducativa para que o presente estudo obedeça a lógica de raciocínio.

Aqui se encontra o “Q” da questão.

Para o processo penal, como dito por Mougnot, a necessidade e a utilidade têm a ver com a propositura da ação para que se materialize a pretensão punitiva, ou seja: na inafastabilidade da aplicação da lei no caso concreto. E esta se encontra vinculada ao direito de punir.

Ocorre que a aplicação da lei, com a instauração do processo penal até final sentença, não constitui mera faculdade, como pode ocorrer no Processo Civil, pois o “*jus puniendi*” não é apenas um direito, se não que um dever por parte do Estado.

Não é por outro motivo que Eugenio Paggelli e Douglas Fischer¹⁴ firmam entendimento no sentido de que:

“E se, no âmbito do processo civil, discutiu-se por incontáveis décadas a natureza da ação, sob a perspectiva de seu enquadramento entre as categorias jurídicas (direito, concreto e abstrato, imanência do direito material, poder etc.), no processo penal o debate não pode ter o mesmo alcance. É que, como as ações penais são, em regra, de natureza pública, tendo por legitimado ativo um órgão de natureza igualmente pública (O Ministério Público), a uma conclusão imediata já se chega, sem maiores indagações: o exercício da ação penal (pública) não revela exercício de direito algum, mas verdadeiro dever. Apenas à guisa de esclarecimento, para fins

¹⁴ Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência, Editora Atlas, 2012.

didáticos, portanto, a ação penal, em relação ao Ministério Público, assemelha-se à jurisdição, em relação ao Poder Judiciário, no que toca, então, com o exercício das respectivas funções públicas.”.

...

“Ressaltado o aspecto do dever de jurisdição, não se pode chegar a outra conclusão se não aquela no sentido de que, também ao Ministério Público, se teriam reservado idênticas atribuições. Evidentemente, não quanto às funções de cada um, mas, sim, quanto ao dever dos respectivos exercícios.

Por isso, a ação penal pública é dever do Estado, como também o é a jurisdição. Dever este que vem expressamente afirmado no texto constitucional (art. 129, I) com a privatividade da ação penal pública.”¹⁵.

Nada mais consentâneo que a combinação do acima afirmado com os princípios da inafastabilidade da jurisdição insculpido no art. 5º, inc. XXV da Constituição Federal e o do devido processo legal, previsto no art. 5º LV da Carta Magna, os quais são de todos conhecidos.

Observamos que o poder/dever do Estado de prestar a jurisdição é realizado através de um processo que garante o direito do cidadão o qual se vier a ser processado somente poderá sê-lo com a observância das normas previamente estabelecidas em lei e das conhecidas garantias do contraditório e da ampla defesa.

Destarte, permitimos-nos dizer que **este interesse de agir consiste na utilidade, necessidade e a adequação da aplicação da medida socioeducativa, respeitadas todas as garantias do devido processo legal, tendo-se em conta o caráter pedagógico e o caráter aflitivo, inerentes à medida socioeducativa.**

Dito isto, precisamos verificar em que consistiria a perda de tal interesse.

¹⁵ obra citada, páginas 55/56.

Do que seja a Perda do Interesse de Agir na Ação Socioeducativa:

Definido o interesse de agir e tendo-se em conta o caráter pedagógico e aflitivo, inerentes à medida socioeducativa, sua perda somente poderá ocorrer quando inoportunidade a necessidade, ou a adequação da aplicação e execução da medida, já que adequação guarda estrita relação com a utilidade.

A adequação desaparece v.g., quando ocorrer a prescrição. E o motivo é óbvio: consistindo a prescrição na perda do direito de ação, não há como se falar em interesse de agir se não subsiste a ação, eis que aquele é condição desta.

Mas, em que casos a utilidade desapareceria? Respondemos nós: quando a medida socioeducativa se mostrar imprestável.

Ora, quando o legislador menciona no artigo 45, § 2º do SINASE, tantas vezes citado, que *“É vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema”*, está preconizando que ocorreu a perda do interesse de agir para o agente que promove a ação socioeducativa pública somente em relação à medida de internação e não em relação às demais medidas contempladas em lei, como a semiliberdade, a liberdade assistida, ou a prestação de serviços à comunidade.

Isto ocorre por um motivo muito singelo: mesmo que ausente um dos motivos ensejadores da aplicação da medida, como por exemplo, o “aflitivo”, pode restar intacto o outro, ou seja, pedagógico.

No nosso entender, o equívoco tem residido em não termos tido até agora entendimento completo a respeito das diferenças entre o pedagógico e o aflitivo.

Se o *aspecto aflitivo* já foi reconhecido por João Batista da Costa Saraiva como sendo elemento do retributivo, o

pedagógico é expressão repetida de forma exaustiva na doutrina e na jurisprudência, mesmo que nem todos tenham clareza a respeito do que ele seja.

No esclarecimento da questão, valemo-nos do ensinamento do reconhecido doutrinador Armando Konzen:

Para aquele mestre, em sua obra *Pertinência Socioeducativa*¹⁶, “Pedagógico é o respeitante à pedagogia e a pedagogia pode ser entendida como um conjunto de doutrinas, princípios e método de educação e instrução que tendem a um objetivo prático. Pedagogia é a arte de educar, um conjunto de métodos e técnicas em busca do desenvolvimento pessoal e social. Cabe ao pedagogo a tarefa de combinar a ação educativa em favor do desenvolvimento do conhecimento, habilidades e valores, atitudes do educando.”

E, adiante, reflete o Ilustre Professor: “A criação e o desenvolvimento de programas de atendimento centrados em metodologia educacional adequada à inserção social e familiar do autor do ato infracional constitui-se na pretensão mais desafiadora para os executores das medidas socioeducativas.”¹⁷.

Dito isto, cabe indagar: será que o cumprimento da medida de internação em seu módulo máximo, além de exaurir o retributivo, conforta o socioeducativo?

Com certeza, caso a medida extrema tenha sido aplicada e cumprida, o aspecto retributivo da medida poderá estar exaurido.

Mas, e quanto ao pedagógico? Quem disse que do cumprimento da medida de internação, em seu tempo máximo, decorre a satisfação deste último aspecto?

Dito de outra forma, por que cargas d’água parte da doutrina e a jurisprudência entendem que o Estado carece de interesse de agir em relação aos atos infracionais anteriores ao cumprimento da internação?

Tal entendimento, inclusive, foi objeto de súmula. Trata-se da Súmula 43 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, afirmando que “Os atos infracionais cometidos anteriormente ao cumprimento de medida socioeducativa de internação ou a

¹⁶ Livraria do Advogado, 2005, página 80.

¹⁷ mesma obra, páginas 80, in fine e 81.

progressão desta para uma menos gravosa são absorvidos por aquela ao qual se cominou a medida extrema, carecendo o estado de interesse de agir, o que conduz à extinção do processo, com base no art. 45, § 2º, da lei nº 12.594/2012”.

Pensamos que tal interpretação não resiste à crítica segundo a qual exaurido o prazo máximo de internação e aplicado o aspecto retributivo da medida, poderá restar intacto o aspecto pedagógico!

Com isto queremos dizer que não se pode pressupor o pedagógico em razão do retributivo, eis que não constituem a mesma coisa, pois o adolescente infrator pode “sair” do sistema após o transcurso integral do módulo máximo de três anos de internação sem que nunca tenha sido reeducado e sem obter inserção social, restando intacto o interesse utilidade.

Ou será que iremos negar a realidade dos fatos em nome de entendimentos jurídicos?

À evidência, a aplicação e o cumprimento da medida mais gravosa não significa que foram respeitados ambos os aspectos inerentes à medida socioeducativa.

É que com o exaurimento do aspecto retributivo, pode não ter ocorrido a socioeducação, caso não se verifique a inserção social e familiar mencionadas por Konzen. A menos que estas sejam presumidas em razão da mera retribuição. Mas, tal presunção contraria tudo o que os mais abalizados doutrinadores da Teoria da Proteção Integral vêm afirmando ao longo dos últimos vinte anos.

O que houve então com tudo o que havia sido consolidado na doutrina? Caíram por terra os ensinamentos dos mestres anteriormente citados?

Custamos a aceitar tal possibilidade, pois a posterior promulgação e entrada em vigor da Lei do SINASE não pode ter o condão de desconstituir a teoria da proteção integral desposada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sob pena de que tenha àquela operado um colapso na filosofia preconizada por este (proteção integral).

Obviamente, que tal paradoxo não ocorreu!

Não realizada a proteção integral, ou seja, não alcançado o pedagógico, estaria o Estado deixando de efetivar a prestação jurisdicional, pelos motivos apontados por Fischer e Paccelli.

Ou seja, o ente estatal ao entender através do Estado/Juiz que ocorreu a perda do direito de ação estaria se eximindo da prestação jurisdicional (*desnecessidade de pronunciamento judicial*), por entender que o fato narrado na representação não traz consequências jurídicas (*inadequação*) ou por interpretar que o processo é meio inidôneo para ensejar a aplicação da medida, por que a medida não se presta para os fins colimados em lei (se tornou *inútil*). Isto significa que o julgador estaria deixando o jovem infrator ao desabrigo da lei, sonogando-lhe o direito de socialização e, por via de consequência, estaria contrariando todo o arcabouço do sistema, coisa que não se pode aceitar.

Em razão do exposto, concluímos que o interesse, necessidade, adequação e utilidade na aplicação da medida socioeducativa somente desaparecerão quando não mais existirem o caráter pedagógico e retributivo da medida.

Isto afirmado, podemos traçar algumas conclusões, como forma de colocar este estudo à disposição de todos para discussão.

Conclusões:

1º) Existe um Direito Penal Juvenil que deve amparar os conceitos do Direito Penal e o seu garantismo imanente;

2º) Este Direito Penal Juvenil determina, como premissas para que se trabalhe o jovem em confronto com a lei, que a aplicação e execução da medida socioeducativa deva levar em conta ambos os seus elementos: o aflitivo (retributivo) e o pedagógico;

3º) O Interesse de agir para a aplicação do sistema jurídico que surgiu a partir da interpretação conjunta do ECA com a Lei do SINASE, somente desaparece se desaparecerem ambos os elementos da medida socioeducativa: o retributivo e o pedagógico.

4º) Em face destas singelas conclusões, entendemos que não há como se afirmar exista suposta perda do interesse de agir para a instrução dos processos em andamento e a aplicação de medidas socioeducativas pelo simples cumprimento da medida de internação, pois esta pode exaurir o aspecto retributivo, mas não necessariamente o faz em relação ao elemento pedagógico.

5º) Somente assim podemos harmonizar o texto da Lei do SINASE com o do Estatuto da Criança e do Adolescente e a teoria da proteção integral.

É este estudo que levamos à consideração de todos os que se interessam pelo tema.

Luciano Dipp Muratt
Procurador de Justiça
Abril de 2014