

A APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Magda Susel Konrath*

Sumário: 1. Introdução; 2. Prescrição penal; 2.1. A prescrição da pretensão punitiva; 2.1.1. Prescrição in abstrato; 2.1.2. Prescrição retroativa; 2.1.3. Prescrição intercorrente; 2.1.4. Prescrição projetada; 2.2. A prescrição da pretensão executória; 3. Incidência da prescrição no Estatuto da Criança e do Adolescente; 3.1. Breve histórico; 3.2. Teorias: do menor em situação irregular à teoria da proteção integral; 3.3. A prescrição nos tipos penais criados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente; 3.4. A prescrição das infrações administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente; 3.5. A prescrição dos atos infracionais; 3.6. Cálculo para apuração do prazo prescricional; 3.7. Aplicação da norma do artigo 115 do Código Penal; 3.8. Prescrição projetada; 4. Conclusão; Referências.

Resumo: Pesquisa bibliográfica e jurisprudencial versando sobre a aplicação da prescrição penal aos crimes e infrações administrativas previstas pela Lei 8.069/90, bem como, aos procedimentos para apuração de atos infracionais, criados pela mesma lei. Evolução história da questão e Súmula 338 – STJ. Formas, prazos prescricionais e parâmetros de apuração dos referidos lapsos.

Palavras-chave: criança e adolescente; prescrição penal; ato infracional; crime; infração administrativa.

Abstract: Research literature and relevant case law on enforcement of criminal offenses and prescribe administrative offenses provided for by Law 8.069/90, as well as, procedures for investigation of illegal acts, created by the same law. Evolution history of the issue and abridgement 338 – STJ. Methods, limitations and parameters of determination of such lapses.

Key words: Children and adolescent. Penal prescribe. Criminal offense. Criminal. Administrative offenses.

* Mestranda em Políticas e Gestão de Processos Educacionais pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito, com ênfase em Direito Penal e Processual Penal pelo IDC – Instituto de Desenvolvimento Cultural (POA-RS), Bacharel em Ciência Jurídicas e Sociais pela UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo – RS) e Licenciada em Ciências, igualmente pela UNISINOS, advogada por doze anos, predominantemente na área de família, desde outubro de 2006 é servidora da Procuradoria de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vinculada à 21ª Procuradoria de Justiça Cível, cuja titular tem atuação preferencial junto à 7ª Câmara Cível/Família do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 67	set. 2010 – dez. 2010	p. 157-198
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

1 Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente, norma de natureza híbrida – civil e penal; material e processual – ingressou no ordenamento jurídico em 1990, com a intenção de ofertar nova configuração à problemática da criança e do adolescente, agora tratados como sujeitos de direitos e, não mais como objeto da lei.

A proposta inovadora, como não poderia deixar de ser, suscitou inúmeros debates e reavivou discussões, fazendo atentar para novos dilemas e gerando controvérsia. Um deles – que é alvo do presente estudo – diz com a aplicação subsidiária das normas e institutos penais aos procedimentos abarcados pela Lei 8.069/90, mais especificamente, sobre a aplicação da prescrição penal ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, se pretende demonstrar a relevância do tema – pelas inegáveis consequências que dela emergem não apenas para o próprio adolescente mas, para a coletividade –, destacando o tratamento que vem sendo dispensado à questão, e a evolução da matéria ao longo dos anos.

A investigação parte da prescrição penal propriamente dita. Analisando brevemente o instituto, seu conceito, natureza jurídica, classificação, fundamentos legais e hipóteses de ocorrência, a partir do que se lançam os elementos estruturais básicos sobre os quais se ergue o trabalho, que pretende abordar a aplicação da matéria aos procedimentos previstos pela legislação infanto-juvenil.

Na sequência – por mostrar-se absolutamente indispensável ao pleno desenvolvimento do raciocínio – o trabalho se volta para a Lei 8.069/90, destacando o contexto social em que promulgada, seus antecedentes históricos – locais e internacionais – os objetivos a que se propõe e alterações que dela decorrem, tanto no plano ideológico, quanto seus reflexos materiais e imediatos.

Vencidas as etapas iniciais, tem início o enfrentamento do tema central, com a análise da aplicação da prescrição penal aos crimes capitulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, questão que não motiva qualquer celeuma.

Na sequência, o debate se estende sobre a aplicação da prescrição penal às infrações administrativas, igualmente instituídas pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – realizando-se o necessário cotejo dos objetivos sociológicos da Lei 8.069/90, com as sanções previstas para as referidas infrações, passando pelo exame dos resultados práticos decorrentes das novas regras, na sociedade.

Por fim, o estudo alcança o tema que gera maior polêmica na jurisprudência, e que também experimentou maior evolução desde a edição da Lei 8.069/90: a aplicação da prescrição penal aos atos infracionais. Aqui, embora com a edição da Súmula 338 pelo Superior Tribunal de Justiça já não persista o embate que se estendeu por mais de quinze anos – acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos procedimentos para apuração de atos infracionais – muito ainda resta a ser assentado.

Os parâmetros a serem adotados para o cálculo do lapso prescricional, a integral ou parcial aplicação das normas penais acerca do assunto, em fim, inúmeras matérias que circundam o tema e que são atualmente objeto de discussão nos planos doutrinário e jurisprudencial, e que carecem ainda de reflexão, são aqui enfrentadas.

Este, aliás, o ponto que merece maior destaque, não apenas por constituir-se tema momentoso e que reclama análise mais acurada, como por carecer de posicionamento doutrinário firme, tanto quanto, de consenso nos Tribunais.

Daí, a relevância do assunto aqui investigado.

2 Prescrição penal

Sem a pretensão de exaurir o assunto, indispensável para o estudo proposto que se enfrente a matéria, delimitando conceitos básicos, a partir dos quais se desenvolverá o debate central.

Embora a natureza jurídica do instituto em apreço já tenha sido alvo de controvérsia doutrinária, é consenso que este traduza causa extintiva da punibilidade (GRECO, 2007; PRADO, 2005 e NUCCI, 2007), pela qual o Estado perde o direito de punir em razão do transcurso do tempo, o que encontra justificativa no “desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime, em razão do tempo decorrido, que leva ao esquecimento do delito e à superação do alarma social causado pela infração penal. Além disso, a sanção perde sua finalidade quando o infrator não reincide e se readapta à vida social.” (MIRABETE; FABBRINI, 2007)

No ordenamento vigente, o instituto é previsto no artigo 107, IV e regulamentado pelos artigos 109 a 119 todos do Código Penal, razão pela qual – e com arrimo na lição de Damásio E. de Jesus –, entende-se que “a prescrição constitui matéria de direito penal, não de direito processual penal” (JESUS, 2003), fazendo-se, portanto, a contagem dos prazos, conforme preconizado pelo artigo 10 do mesmo diploma.¹

¹ Art. 10. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.

Tratando-se de questão de ordem pública (MIRABETE; FABBRINI, 2007), e por expressa previsão do artigo 61 do Código de Processo Penal,² deve ser declarada de ofício e em qualquer fase do processo, o que traduz a relevância do tema e a extensão de seus reflexos na persecução criminal e, consoante se verá ao longo do estudo, também na aplicação das medidas socioeducadoras, sobre as quais, a despeito da polêmica jurisprudencial, também deverão incidir, no mínimo, as causas interruptivas do transcurso do lapso prescricional, elencadas no artigo 117 do CP.³

Tem ainda sido alvo de debate, a causa redutora à que a alude o artigo 115⁴ do CP, não apenas no que tange à sua aplicação no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente – o que será objeto de exame em tópico apartado –, como também sobre sua vigência em face das alterações em relação à maioria civil, introduzidas pelo Código Civil de 2002, predominando, no ponto, o entendimento de que este não derogou a norma penal em comento. (MIRABETE; FABBRINI, 2007; JESUS, 2003)

Basicamente, são duas as formas de prescrição identificadas pela doutrina: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória,⁵ que se distinguem fundamentalmente pelo momento em que são apuradas; a primeira antes do trânsito em julgado da sentença para a acusação e, a segunda, quando já esgotadas as possibilidades de recurso para o acusador.

² Art. 61 Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

³ Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:
I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
II – pela pronúncia;
III – pela decisão confirmatória da pronúncia;
IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios irrecuráveis;
V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
V – pela reincidência

§1º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§2º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

⁴ Art. 115. São reduzidos pela metade os prazo de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

⁵ Classificação adotada por Luiz Régis Prado (2005), Andrei Zenkner Schmidt (1997), Rogério Greco (2007) e Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2007); diferente da adotada por Guilherme de Souza Nucci, que distingue as modalidades de prescrição em: prescrição da pena em abstrato e prescrição da pena em concreto.

2.1 A prescrição da pretensão punitiva

Sobre o tema, pela concisão e abrangência, vale destacar a conceituação de Rogério Greco:

Por intermédio do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o Estado perde a possibilidade de formar o seu título executivo de natureza judicial. Embora, em algumas situações, [...] o Estado chegue até a proferir um decreto condenatório, tal decisão não terá força de título executivo, em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. (GRECO, 2007)

Em outras palavras, mesmo que o Estado apure os fatos, submeta o sujeito apontado como autor a procedimento penal e seja proferida sentença que reconheça autoria e materialidade, imputando pena ao agente, se dita decisão não encontrar definitividade em tempo hábil (segundo os parâmetros legais), fulminado estará o direito Estatal de agir.

No ponto, vale salientar a magnitude das consequências daí decorrentes, tanto na órbita penal, como na esfera civil.

Tratando-se de causa extintiva da punibilidade, o que deflui de sua incidência ao caso concreto, equivale a verdadeira exclusão do fato, inicialmente dito criminoso, do mundo jurídico, uma vez que nenhuma mácula restará ao sujeito ativo que, se for o caso, permanecerá gozando do *status* de primário. (GRECO, 2007)

Por idênticas razões, caso a sentença chegue a ser proferida, não poderá ser executada na esfera cível, ainda que tenha sido estipulado valor de indenização mínima, aos moldes do preconizado pelo vigente inciso IV, do artigo 387 do Código de Processo Penal.⁶

2.1.1 Prescrição *in abstracto*

Apurada com base na pena máxima abstratamente cominada ao crime, e em que pese entendimento diverso, em princípio, é a única forma de prescrição que pode ser reconhecida no curso da instrução, antes de proferida sentença (SCHMIDT, 1997) e, portanto, independentemente da efetiva comprovação da autoria ou materialidade.

Sua previsão legal está no *caput* do artigo 109 do CP.⁷

⁶ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença, condenatória:
[...]

IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

⁷ Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

Na espécie, também denominada prescrição da pretensão punitiva propriamente dita (CAPEZ, 2008) a pena máxima cominada ao tipo imputado ao agente, a ser confrontada com os prazos previstos nos incisos do mencionado artigo 109 do CP, levará em consideração as peculiaridades do caso concreto:

Para o cálculo do prazo prescricional são levadas em consideração as causas de aumento de pena, bem como as de diminuição, quando sejam compulsórias e se achem expressamente enquadradas na acusação, incluindo-se a exacerbação correspondente à forma qualificada (crime qualificado em sentido amplo). São irrelevantes, porém, para o cálculo do lapso prescricional, as circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas, que não influem no limite máximo da pena em abstrato. A reincidência [...] não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva (Súmula 220 STJ). (MIRABETE; FABBRINI, 2007)

Ressalte-se que, as causas consideradas na apuração do prazo base – que será cotejado com as normas do artigo 109 do Código Penal – são aquelas de aplicação compulsória, tendo sempre em mira a sanção máxima em tese aplicável à espécie. Daí que, sendo variáveis, as causas que conduzam à diminuição da reprimenda serão aplicadas em seus índices mínimos, ao passo que, aquelas que importem majoração serão empregadas em seu maior vigor, tudo de forma a se apurar, ainda que em tese, qual seria a sanção extrema cabível no caso concreto.

Como já ressalta o excerto, depois de acaloradas discussões acerca da incidência da parte final do *caput* do artigo 110 do Código Penal,⁸ o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, restringindo sua incidência às hipóteses de prescrição da pretensão executória, editando a Súmula 220.⁹

2.1.2 Prescrição retroativa

Apurada a partir da pena aplicada ao caso concreto, “via de regra só pode ser reconhecida se, uma vez ausente a prescrição abstrata, houver sentença condenatória com trânsito em julgado *para a acusação*”. (SCHMIDT, 1997)

-
- I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);
 - II – em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);
 - III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);
 - IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) e não excede a 4 (quatro);
 - V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) anos ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);
 - VI – em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

⁸ Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

⁹ Súmula 220. A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Buscando raízes na Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal – que data de 1963 – atualmente encontra previsão legal, no § 2º do artigo 110 do CP.¹⁰ (SCHMIDT, 1997). Transcorrido lapso superior ao previsto pela norma do artigo 109 do CP a incidir na hipótese, apurado na forma do artigo 111¹¹ do mesmo diploma, o reconhecimento da prescrição terá efeitos *ex tunc* e, assim ocorrendo, reprise-se, causa extintiva da punibilidade que é, fará cessar quaisquer dos efeitos penais que emergiriam da sentença prolatada.

Vale ressaltar que o prazo resultante do cotejo da pena imposta com a já referida norma do artigo 109 do CP, não poderá ter transcorrido entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa ou, ainda, entre esta, e a publicação da sentença, sob pena de ter-se caracterizada a prescrição. (SCHMIDT, 1997)

Tendo por base a pena efetivamente imposta, evidentemente que todas as peculiaridades, tanto do caso concreto, como do indivíduo, assumem relevância, pois terão reflexos na quantidade da sanção a ser empregada. Mesmo assim, vale observar que tais circunstância não acarretarão efeitos diretos e imediatos no lapso prescricional – como por exemplo aquele a que alude a parte final do *caput* do já mencionado artigo 110 do CP – sendo que apenas indiretamente alcançarão o instituto.

2.1.3 Prescrição intercorrente

Também denominada subsequente,¹² esta modalidade guarda grande similitude com a prescrição retroativa já examinada, tendo como diferencial seu termo inicial que, aqui, é a data da publicação da sentença. Adotando, igualmente, como parâmetro para a apuração do prazo prescricional a pena estipulada pela sentença, que necessariamente há de ter alcançado o trânsito em julgado para a acusação, será computada a partir deste, até a plena definitividade do comando, com o trânsito em julgado também para a defesa. (SCHMIDT, 1997).

¹⁰ Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§2º A prescrição de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.

¹¹ Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I – do dia em que o crime se consumou;

II – no caso da tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV – nos crimes de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento de registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

¹² Ou, ainda, superveniente (GRECO, 2007, p. 738).

Seu foco está, portanto, na *razoável duração do processo*,¹³ incluindo o duplo grau de jurisdição.

Ainda que, durante algum tempo, tenha existido debate acerca da natureza desta espécie de prescrição, havendo entendimento de que ela atingisse a pretensão executória, o tema encontrou serenidade, sendo pacífica, atualmente, a interpretação de que se trate de espécie de prescrição da pretensão punitiva. Apesar disto, parte da doutrina ainda faz certa confusão, denominado a espécie de “prescrição retroativa intercorrente”. Sobre a matéria, Andrei Zenkner Schmidt enfatiza: “Ora, o desvario pode ser considerado até gramaticalmente; o que é retroativo não pode ser intercorrente”. (SCHMIDT, 1997)

A modalidade em apreço encontra previsão legal no §1º do artigo 110 do CP.¹⁴ (SCHMIDT, 1997) Em decorrência disto, adverte a doutrina, que a norma deve ser interpretada em consonância com o *caput*, que determina o aumento do prazo prescricional em caso de reincidência.

2.1.4 Prescrição projetada

Destacam ainda alguns autores,¹⁵ entre as modalidades de prescrição da pretensão punitiva, a prescrição projetada, também denominada prescrição em perspectiva ou virtual.

Dita espécie, contrariando o entendimento majoritário até aqui examinado, é reconhecida antecipadamente, inclusive na fase extrajudicial (CAPEZ, 2008), tendo por base, a provável pena a ser concretamente aplicada ao caso. Para os que defendem a possibilidade da referida modalidade, o cálculo do prazo fatal para a atuação estatal, levará em consideração não a pena máxima abstratamente prevista para o delito em questão mas, baseando-se em exercício de raciocínio que preveja a pena que, em caso de condenação, será efetivamente imposta ao agente. Nestas circunstâncias, a pena que será cotejada com as regras do artigo 109 do Código Penal, em verdade, será a pena mínima aplicável ao delito, considerando as condições pessoais do autor – como primariedade e bons antecedentes – tanto quanto a ausência de circunstâncias agravantes.

¹³ Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
[...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. [...]

¹⁴ Nota anterior.

¹⁵ Onde se incluem: Rogério Greco e Fernando Capez.

Sucintamente, se poderia dizer que a prescrição projetada corresponde à prescrição retroativa, sendo reconhecida de modo antecipado, nos moldes da prescrição *in abstracto* e, até mesmo, dispensando o ajuizamento da ação penal.

A possibilidade – que encontra forte resistência – procura sua fundamentação no princípio da economia processual, destacando a inadequação de instalação de procedimento fadado ao insucesso, frente a notoriedade da incidência do instituto, o que não justificaria que, mesmo assim, seja movimentada a máquina pública, gerando custos desnecessários e colaborando para o asoerbamento do Judiciário.

Argumento também invocado, é a *falta de interesse de agir* (na forma interesse-utilidade) tendo em vista que a utilidade do processo, em tais hipótese, restaria prejudicada. (GRECO, 2007)

Oportuno destacar, que a modalidade não tem previsão legal, razão sempre salientada pelos que se opõem ao reconhecimento da referida forma.

Além disto, a modalidade também é alvo de críticas por ser apurada com base em pena presumida, estimada independentemente de averiguação efetiva dos fatos, de cognição exauriente e de efetiva aplicação da pena.

Da mesma forma, a crítica também se volta contra a medida por importar em reconhecimento de fato que, efetivamente, ainda não aconteceu.

2.2 A prescrição da pretensão executória

Prevista expressamente no *caput* do artigo 110 do CP, a prescrição da pretensão executória exige o condenado do cumprimento da pena que, apesar de aplicada em tempo hábil – com a conseqüente formação do competente título executivo – não foi oportunamente exigida.

Na espécie, também chamada de prescrição da pena ou prescrição da condenação (JESUS, 2003), extingue-se o poder-dever Estatal de “impor concretamente a sanção imposta ao autor da infração penal pelo Poder Judiciário.” (JESUS, 2003)

A contagem do prazo – que se inicia quando o condenado deixa de cumprir a execução da pena sem autorização legal para tanto – (SCHMITD, 1997) seja pela fuga, ou por sequer ter dado início ao cumprimento da sanção que lhe foi imposta, comporta peculiaridades dignas de registro.

Embora a espécie também se regule pela pena concretamente aplicada – que será confrontada com os termos do artigo 109 do CP – o prazo dali resultante será dilatado¹⁶ de um terço, caso seja, o apenado, reincidente, por expressa determinação da própria norma do propalado artigo 110 do Código Penal.

¹⁶ Conforme determinação do artigo 110 do CP, parte final.

Cumpra também registrar que, nas hipóteses de interrupção do cumprimento por fuga, o cálculo da prescrição da pretensão executória terá por base o saldo de pena remanescente, e não, a pena integral e inicialmente aplicada ao indivíduo. (JESUS, 2003)

Segundo parcela respeitável da doutrina,¹⁷ distingue-se da prescrição da pretensão punitiva por não acarretar extinção da punibilidade. Sua incidência se limita a fulminar a possibilidade de execução da pena principal, não surtindo qualquer consequência relativa aos efeitos secundários – penais e extrapenais – da condenação.

3 Incidência da prescrição no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente é lei de natureza híbrida, que contempla normas de natureza civil e, tangenciando aspectos processuais, se estende ao âmbito penal, criando tipos incriminadores, além de infrações administrativas.

Todo o espectro daí resultante suscita controvérsia, e importa em inevitável confronto com regras e institutos previamente vigentes no ordenamento.

A dicotomia do sistema introduzido pela Lei 8.069/90 em relação ao instituto da prescrição, já sucintamente analisado, é o que se pretende enfrentar doravante, não sem antes tecerem-se algumas considerações acerca do referido Estatuto, absolutamente indispensáveis ao estudo proposto.

3.1 Breve histórico

Ainda que de modo impreciso, a distinção de tratamento entre crianças ou adolescentes e adultos, autores de práticas delituosas, sempre foi reconhecida em nosso ordenamento penal.

O Código Criminal do Império (1830), segundo Thomaz Alves Junior (1864), já admitia algumas distinções:

Da comparação do §1º do art. 10 com o art. 13 se conclue que o Código não fixa época alguma em que a irresponsabilidade não seja absoluta e sem discussão.

Segundo nosso Código, quatro são as épocas:

1ª Até 14 anos, imputabilidade duvidosa sujeita ao reconhecimento prévio de ter havido ou não discernimento.

2ª De 14 a 17 anos, penalidade inferior. (art. 18, § 10, 2ª parte.)

¹⁷ Donde se destaca Fernando Capez.

3ª De 17 a 21 anos, penalidade menor que a da idade completa de 21 anos, por ser circunstancia atenuante. (art. 18, § 3ª parte.)

4ª Aos 21 anos, imputabilidade e pena completa. (MACEDO, 2008)

No mesmo rumo, mas de forma mais clara, apontou o Código Republicano de 1890:

Art. 27. Não são criminosos:

§1º Os menores de 9 anos completos;

§2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento; [...]

Art. 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14 que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, e comtanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 anos. (MACEDO, 2008)

Já no Século XX, a Consolidação das Leis Penais – Decreto 22.213/32, além de estabelecer, em seu art. 27,¹⁸ em 14 anos a idade mínima para que o sujeito pudesse ser autor de crime, também garantia tratamento diferenciado aos menores de 18 anos:

De acordo com a determinação dos artigos 30 e 49 da Consolidação, os menores de 18 anos e maiores de 14 ficariam submetidos ao regime estabelecido pelo Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, Código de Menores, e o cumprimento da pena de prisão obedeceria aos ditames dos institutos disciplinares criados pelo mesmo Código. (MACEDO, 2008)

O atual Código Penal,¹⁹ que com algumas alterações vige desde 1942, originalmente em seu artigo 23,²⁰ passou a adotar exclusivamente o critério biológico, delimitando sua aplicação aos maiores de 18 anos:

Art. 23. Os menores de 18 anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

As alterações posteriores não modificaram substancialmente a referida legislação neste ponto, em plena vigência até os dias atuais, sendo que a reforma de 1984²¹ limitou-se ao plano terminológico, substituindo a expressão *irresponsáveis* da legislação de 1940, por *inimputáveis*, estampada no atual artigo 27 do Código Penal. (MACEDO, 2008)

¹⁸ Art. 27. Não são criminosos:

§1º os menores de 14 anos.

¹⁹ Decreto-Lei 2.848/40.

²⁰ Atualmente a matéria é regulada pelo art. 27, que diz: Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

²¹ Lei 7.209/84.

Num plano mais abrangente – que transcende a responsabilização ou imputabilidade penal do indivíduo – pode-se destacar, como precursora na defesa dos direitos do menor, a Lei 2.040, de 1871 – Lei do Ventre Livre – que embora não tivesse como escopo maior a proteção dos direitos da infância, ampliava seu desiderato neste sentido, ao determinar que os filhos de escravas, nascidos no período de sua vigência, além de serem considerados livres, ficassem sob o poder e autoridade *dos senhores de suas mães*, obrigados a criá-los e tratá-los até a idade de oito anos completos.” (PAULA, 2002)

Neste contexto histórico, e a ele sobrepujando, conviviam, a sociedade brasileira, com a chamada *roda dos expostos* – à qual eram relegados os enjeitados. Dispositivo de origem medieval, no Brasil seguiu a tradição ibérica, que atribuía às Santas Casas de Misericórdia o monopólio da assistência à infância abandonada. O mister, a partir de 1828, adquiriu caráter oficial tendo, ditas instituições, sido colocadas a serviço do Estado, momento que marca a passagem do tratamento da questão da esfera privada, à pública. O lamentado instrumento sobreviveu à abolição da escravatura e à proclamação da República, sendo que, por exemplo em São Paulo, permaneceu instalado até 1950.(SHECAIRA, 2008)

Paralelamente, mas já na efervescência que caracterizou o início do século XX, a Lei Orçamentária 4.242 de 1921, enfrentando a questão social latente, revoga parcialmente o Código Penal Republicano e autoriza a criação do Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delincente, determinado a construção de abrigos e *casas de preservação*. Inaugurava-se assim, especialmente a partir da criação do primeiro Juizado de Menores do Brasil, em 1923,²² ainda que de forma incipiente, uma nova fase, a partir da qual se passou, de modo mais evidente, a dispensar às crianças e adolescentes tratamento diferenciado do aplicado aos adultos, embora não se fizesse ainda, aqui, a necessária distinção entre os *menores abandonados* e os *infratores*, que acabavam por receber idêntica destinação.

Nesta sequência histórica é que nasce, em 1927, o Código de Menores,²³ apelidado de Código Mello Matos (SHECAIRA, 2008) que, reconhecidamente, funcionou como porta introdutória da concepção tutelar, o qual sobreviveu até 1979.

Num segundo momento, a Lei 6.697/79 – consolidando a política de controle social vigente, tanto quanto a FEBEM, criada em 1976 – privilegiou a contenção da violência, que já despontava como motivo de preocupação. Neste sentido, a crítica:

²² No Distrito Federal, tendo como titular o insigne Magistrado José Cândido Albuquerque Mello Matos.

²³ Decreto Federal 17.943 de 12 de outubro de 1927,

O Código, criado no final do regime militar, ratificava uma visão consolidada e ultrapassada, que ignorava garantias às crianças e adolescentes, como se eles fossem objeto do direito, e não sujeito dele. (SCHECAIRA, 2008)

Simultaneamente, em nível mundial, a Declaração de Genebra, de 1924, é apontada pela doutrina como primeira manifestação internacional em prol dos direitos da criança e adolescente, seguida pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, ditada pela Organização das Nações Unidas – ONU – em 1959 (CHAVES, 1997), marco fundamental na proteção dos direitos infanto-juvenis.

Na sequência, em 1979 – Ano Internacional da Criança – a Comissão de Direitos Humanos da ONU elabora a Convenção dos Direitos das Crianças, erigida sob três princípios Básicos:

- 1º. Proteção especial como ser em desenvolvimento.
- 2º. O lugar ideal para o seu desenvolvimento é a família.
- 3º. As Nações obrigam-se a constituí-la como prioridade. (CHAVES, 1997)

Com vistas ao atendimento de tais diretrizes, as Nações Unidas adotaram, em 1985, as Regras Mínimas de Beijing, que embora retratando acordo moral e não cogente, constituiu importante balizador na defesa dos direitos da infância, até hoje invocado.

Em 1990, a 45ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, aberta pelo então Presidente do Brasil – Fernando Collor de Mello – mais uma vez destacou o assunto. Em julho deste mesmo ano, e ratificando os rumos apontados pela recém promulgada *Constituição Cidadã*, era publicado no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente, que entraria em vigor noventa dias depois, introduzindo formalmente a *Doutrina da Proteção Integral*.

3.2 Teorias: do menor em situação irregular à teoria da proteção integral

A Teoria da Proteção Integral introduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – diferencia-se da até então vigente Teoria do Menor em Situação Irregular, fundamentalmente, por alterar a posição dos indivíduos com idade entre de zero e dezoito anos que, deixando de ser *objeto* da lei e do direito, passam a ser tratados como *sujeitos* de direito.

A festejada alteração, em verdade, como já salientado, reflete os rumos apontados pela Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 227 assegura:

[...] à criança e ao adolescente, [...] o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BASTOS, 1998)

Nesse sentido, destaca a doutrina:

O [...] legislador infraconstitucional veiculou, na linha do constituinte, normas objetivando ofertar a proteção superior, pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que explicita quais são os direitos fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a forma de garanti-los (direito à vida e à saúde, arts. 7º a 14; direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, arts. 15 a 18; direito à convivência familiar e comunitária, arts. 19 a 24). (MARTINS, 1998)

De modo diverso, a Lei 6.697/79, que ainda mantinha o apelido de *Código de Menores*:

Não relacionava nenhum direito, e não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos. (LIBERATI, 2002)

A expressão – *proteção integral* – cunhada pelo artigo 1º da Lei 8.069/90, que sintetiza todo um sistema voltado à defesa da infância e juventude, traduz conceituação de natureza jurídica, ainda que tenha origem e espalha efeitos nas esferas política e social (PAULA, 2002), tendo sempre por foco principal os interesses infanto-juvenis.

Essa ótica se mantém inclusive nos procedimentos para apuração de atos infracionais.

Mesmo quando diante da prática de atos infracionais o Estatuto da Criança e do Adolescente define relações jurídicas nas quais a criança e o adolescente participam como titulares de interesses subordinantes, expressos em garantias materiais e processuais que impedem o arbítrio do Estado na validação dos interesses ligados à necessidade de coibir a criminalidade infanto-juvenil. (PAULA, 2002)

Diversamente, a superada legislação menorista trazia implícito o entendimento de que “o mundo adulto era suficientemente *bom* para a criança e o adolescente, de sorte que o regramento deveria ser mínimo, reservado a situações que escapassem da normalidade que lhe servia de premissa”. (_____, 2002)

Dito entendimento também se refletia, à época, quando da apuração de infração penal, por menor:

Quanto aos autores de infração penal a Lei 6.697/79 estabelecia também dois procedimentos: um para os menores entre 14 e 18 anos de idade e outro para aqueles entre 10 e 14 anos, sendo que neste último preponderava essencialmente a informalidade e, no primeiro, a intervenção de advogado era facultativa, necessária apenas no caso de interposição de recurso.

Sob o manto de norma, inserta em seu art. 5º, que prescrevia que na sua aplicação “a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”, adotava a autoridade judiciária sempre a solução que entendesse adequada, aquela suficiente para propiciar a integração sócio-familiar, não havendo grande preocupação com a regularidade formal. (PAULA, 2002)

A nova ótica instalada à partir da implantação da *Doutrina da Proteção Integral*, como já referido, também neste aspecto – passando a reconhecer no adolescente um *sujeito de direitos* – abandonou o velho entendimento, estendendo aos representados pela prática de ato infracional direitos assegurados aos imputáveis na órbita penal, tais como contraditório e ampla defesa. Daí, nasce a controvérsia ainda atual, acerca da aplicabilidade de institutos penais e processuais penais aos procedimentos para apuração de atos infracionais, dentre os quais a prescrição, foco central do presente estudo.

3.3 A prescrição nos tipos penais criados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no Capítulo I, do Título VII,²⁴ no exercício de seu propósito primordial – de proteção à criança e ao adolescente – cria tipos penais, incriminando condutas que importem desprestígio à atenção, ao cuidado e à prioridade que dita norma pretende assegurar a seus tutelados.

Os crimes aí tipificados, por expressa determinação do artigo 226 da Lei 8.069/90,²⁵ contarão, em sua eventual apuração, de forma subsidiária, com a aplicação das normas da Parte Geral do Código Penal, bem como, do Código de Processo Penal.

Assim, as regras atinentes à prescrição, estabelecidas pelo Código Penal, indubitavelmente, terão incidência sobre tais crimes.

Neste rumo, perene é o entendimento das Cortes Brasileiras, donde se extrai:

HABEAS CORPUS. PENAL. ARTS. 230, CAPUT, DA LEI Nº 8.069/90, E 129, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. APELAÇÃO IMPROVIDA. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO EM FAVOR DOS CO-RÉUS.

1 – A prescrição, havendo sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se pela pena aplicada, conforme preceitua o art. 110, § 1º, do Código

²⁴ Artigos 228 a 244-A.

²⁵ Artigo 226. Aplicam-se aos crimes definidos nesta Lei as normas da Parte Geral do Código Penal e, quanto ao processo, as pertinentes ao Código de Processo Penal.

Penal, levando-se em conta, inclusive, as causas de aumento e diminuição da pena, exceto o acréscimo previsto nos arts. 70 e 71 do Código Penal, em face do disposto no art. 119 do CP, bem como do contido na Súmula 497 do STF.

2 – Decorridos mais de 4 anos desde a prolação da sentença condenatória, que foi publicada em 28/9/1999, lapso de tempo em que se opera a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal, em razão de o crime mais grave de que aqui se cuida – o previsto no art. 230, **caput**, da Lei nº 8.069/90, – ter pena máxima de 2 anos, extinta está a punibilidade, uma vez que, desde então, não ocorreu qualquer causa interruptiva.

3 – **Habeas Corpus** concedido para, confirmando a liminar deferida, declarar extinta a punibilidade dos pacientes pela ocorrência da prescrição superveniente da pretensão punitiva, na presente ação penal, estendendo-se, de ofício, os efeitos da decisão aos co-réus José Evandro Soares e Carlos Alberto do Nascimento. (BRASIL, 2007)

No mesmo sentido, Decisão Monocrática da lavra do Ministro Cezar Peluso:

DECISÃO: 1. Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de LUIZ CARLOS AZEVEDO FIGUEIREDO, contra ato do Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar o RE nº 665.508, desproveu o recurso. O paciente está sendo processado pela suposta violação ao artigo 241 da Lei nº 8.069/90 e, por esta imputação, foi condenado à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, por sentença penal condenatória (fls. 34/41). A defesa apelou ao Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, que negou provimento ao recurso, mantendo a sentença de primeiro grau por seus próprios fundamentos (fls. 42/54). Interpôs-se recurso especial, registrado no Superior Tribunal de Justiça sob o nº 665.508, [...] 2. Conforme a diligente manifestação dos ilustres impetrantes, aprecio a questão relativa à consumação do prazo prescricional, até porque determina o artigo 61 do Código de Processo Penal: “art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de Ofício”. O crime imputado ao paciente é o descrito no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apenado com reclusão de dois a seis anos e multa. Sua condenação à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, conduz à incidência do disposto no artigo 109, IV, Código Penal. Ou seja, a prescrição, no caso, ocorrerá após 8 (oito) anos. A sentença condenatória de 1º grau foi prolatada em 3 de abril de 2000 e sua intimação se deu onze dias depois (14 de abril de 2000). Tem-se, portanto, que se operou a prescrição punitiva, tendo em vista o decurso do prazo de oito anos. 3. Diante do exposto, declaro extinta a punibilidade do crime imputado ao paciente, pela prescrição da pretensão punitiva, em conformidade com o disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal e nos artigos 109, IV, c/c 107, IV, ambos do Código Penal. Comunique-se incontinenti o juízo e, oportunamente, arquivem-se. Publique-se. Int. Brasília, 28 de maio de 2008. Ministro Cezar Peluso Relator. (BRASIL, 2008)

Como se vê, o pleno emprego das regras penais e processuais penais não causa qualquer celeuma relativa à sua incidência nos crimes tipificados pelo Estatuto em comento, donde despiciendas maiores considerações.

3.4 A prescrição das infrações administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Capítulo II, do Título VII, da Lei 8.069/90, contempla as condutas que, ainda que indesejáveis, por seu menor desvalor, não são erigidas a categoria de crime mas, são tipificadas como infrações administrativas.²⁶

Exatamente em razão da menor reprobabilidade a elas atribuída pelo legislador, as condutas ali elencadas são reprimidas mediante a aplicação de multa, que varia entre um mínimo de três em um máximo de duzentos salários mínimos, dependendo do ato perpetrado e das condições do agente, notadamente, de sua eventual reiteração na prática infracional.

Aqui, todavia, não reina a mesma serenidade imposta pelo já mencionado artigo 226 da Lei 8.069/90, no que tange à aplicação subsidiária das leis penais, sejam de natureza material ou processual.

Embora se nos parecesse bastante razoável que as referidas disposições também alcançassem as infrações administrativas, e que, especificamente em relação ao instituto da prescrição, a questão fosse melhor solucionada pela aplicação do inciso I, do artigo 114 do Código Penal,²⁷ não é este o posicionamento que vem sendo adotado pela jurisprudência.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, seguindo o rumo apontado pelo Superior Tribunal de Justiça, tem firmado entendimento de que, por tratar-se de infração administrativa, a prescrição deve obedecer os prazos de mesma natureza sendo, portanto, de cinco anos, o referido lapso.

Nesse sentido convergem os entendimentos das colendas Sétima e Oitava Câmaras Cíveis:

APELAÇÃO CÍVEL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ART. 247 DO ECA. PRESCRIÇÃO – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 226 DO ESTATUTO. A multa imposta por força do artigo 247 do ECA segue as regras de Direito Administrativo e não Penal. Logo, o prazo prescricional para a cobrança de multa por infração administrativa tipificada no ECA é de cinco anos. DERAM PROVIMENTO. (RIO GRANDE DO SUL; 2007)

Idêntico é o entendimento vigente na Sétima Câmara Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REPRESENTAÇÃO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 258 DO ECA. PRESENÇA DE MENORES EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL QUE EXPLORA JOGOS ELETRÔNICOS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. A Súmula 338 do STJ não se aplica à infração do art. 258 do ECA, para a qual é prevista pena de multa. Sanção de natureza

²⁶ Artigos 245 a 258.

²⁷ Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá:
I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada; [...]

administrativa que não se submete aos prazos prescricionais do Código Penal. Precedentes desta Corte e do STJ. O art. 258 refere-se, além do empresário, ao responsável pelo estabelecimento comercial, qualidade na qual se enquadra o representado, que permitiu o ingresso e permanência de menores na casa de jogos eletrônicos. Para que se configure a infração administrativa, basta que reste demonstrada a entrada e permanência de menores no estabelecimento comercial, sendo despcienda a prova de que efetivamente estivessem jogando. Precedentes. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2008)

Os referidos acórdãos, especialmente o proferido pela colenda Sétima Câmara, destacam que o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula 338, reconhecendo a necessidade de aplicação da prescrição penal aos procedimentos para apuração de atos infracionais, não estendeu as feridas regras às infrações administrativas, às quais alude a Lei 8.069/90.

O mesmo Superior Tribunal de Justiça – no qual se estribam as cortes locais – ressalta a notória discrepância entre crimes, atos infracionais e infrações administrativas, mesmo que tenham, como fonte comum, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Dita disparidade, serve de amparo à diferença de tratamento dispensada aos crimes e às infrações administrativas, no que tange à prescrição. Os argumentos invocados como justificadores da desigualdade de tratamento são, em síntese, dois: o primeiro, de que o propalado artigo 226 do ECA não alcance as infrações administrativas previstas a partir do artigo 194 do mesmo Estatuto, principalmente pelo fato de dirigir-se, a referida norma, especificamente aos crimes, sem fazer qualquer menção às infrações administrativas.

O segundo motivo, daí derivado, diz com a natureza dos delitos em exame, bem como, da sanção a eles aplicada. Invocando a qualidade intrínseca das cognominadas *infrações administrativas*, a corte superior ressalta que, por tratar-se de falta cuja essência é administrativa, a penalidade a ela imposta guarda idêntica natureza.

Assim, não se tratando de medida socioeducativa – sobre a qual incide a Súmula 338 – tampouco de crime – autorizando a aplicação das regras penais –, decorrência necessária é que as penalidades impostas às infrações administrativas respeitem sua natureza, e recebam tratamento com ela compatível, donde resulta a aplicação do prazo prescricional de cinco anos, adotado no âmbito da administração pública.

Embora, particularmente, não concorde com a digressão que conduz à supracitada conclusão, forçoso reconhecer que – diante do silêncio do Estatuto da Criança e do Adolescente, não apenas acerca da prescrição ou das normas balizadoras da apuração de sua dimensão em cada caso, mas, principalmente, no que diz com a destinação dos valores arrecadados com a aplicação das

multas decorrentes da prática infracional – o montante eventualmente apurado, deve reverter em favor dos cofres públicos e, por constituir *dívida de valor*, como tal há de ser tratada. Com base nesse raciocínio, efetivamente sustentável o posicionamento atualmente vigente.

Ressalve-se, entretanto, que nem sempre foi este o entendimento adotado pelas Cortes Nacionais, sendo que ainda no recente ano de 2006, diverso era o posicionamento dominante.

ADMINISTRATIVO E PENAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Recurso especial contra acórdão que considerou inaplicável as disposições relativas à prescrição do Código Penal às infrações administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente ECA.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui vastidão de precedentes no sentido de que:

– “A jurisprudência desta Corte de Justiça inclina-se para o reconhecimento da possibilidade de se aplicar o instituto da prescrição, com a respectiva extinção da punibilidade, às medidas sócio-educativas impostas a adolescentes infratores, pela prática de condutas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente” (HC nº 44458/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 13.02.2006).

– “Perfeitamente possível a aplicação da prescrição penal aos atos infracionais praticados por adolescentes” (HC nº 45667/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 28.11.2005).

– “Aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas sócio-educativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo” (HC nº 44448/SP, 5ª Turma, Rel.^a Min^a Laurita Vaz, DJ de 07.11.2005).

– “Em virtude da característica punitiva, e considerando-se a ineficácia da manutenção da medida sócio-educativa, nos casos em que já se ultrapassou a barreira da menoridade e naqueles em que o decurso de tempo foi tamanho, que retirou, da medida, sua função reeducativa, admite-se a prescrição desta, da forma como prevista no Código Penal” (REsp nº 564353/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 23.05.2005).

“As medidas sócio-educativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há porque aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores” (REsp nº 171080/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 15.04.2002).

3. Aplicam-se as disposições do Código Penal atinentes à prescrição, na hipótese de ser imposta penalidade prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).
4. Recurso provido para decretar a prescrição. (BRASIL, 2006)

Embora visível a fragilidade dos argumentos que lastreiam a decisão em comento – que não faz a necessária distinção entre crime, ato infracional e infração administrativa – tratando de forma análoga todos os delitos previstos pela Lei 8.069/90, a solução que dela emerge, como já manifesto, se nos afigura mais equânime.

Sobre a questão, vale registrar a perplexidade que decorre da constatação de que o prazo prescricional – de cinco anos pelo entendimento vigente – aplicado às infrações administrativas, é maior do que o incidente em vários crimes previstos na mesma lei,²⁸ cuja pena máxima cominada é de dois anos, o que resulta, *a priori*, em um lapso prescricional de quatro anos.²⁹

Incongruência maior verte da possibilidade, nada improvável, de que a pena imposta³⁰ seja inferior à máxima abstratamente cominada ao crime, o que pode reduzir o propalado lapso para dois anos, pela dicção conjunta dos artigos 110³¹ e 109, VI,³² do Código Penal.

Neste contexto, a despeito da razoabilidade da proposição na qual se funda o entendimento atualmente dominante, inegável a inconveniência de sua adoção, quando se tem em mira o microsistema criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.5 A prescrição dos atos infracionais

Palco de grande celeuma – e inicialmente negada pelos operadores do direito que atuam na área da criança e do adolescente – a possibilidade de aplicação da prescrição aos procedimentos para apuração de atos infracionais só foi pacificada em maio de 2007, com a edição da Súmula 338,³³ pelo Superior Tribunal de Justiça.

²⁸ Notadamente os previstos nos artigos 228 a 236 e 244.

²⁹ Considerando-se a prescrição *in abstracto*.

³⁰ A partir do que passam a ser consideradas as hipóteses de incidência das prescrições retroativa, intercorrente e/ou da pretensão executória.

³¹ Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

³² Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 desde Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [...]

VI – em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

³³ Súmula 338 – Enunciado: A prescrição penal é aplicável nas medias sócio-educativas. (sic)

No âmbito local, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul antecipou-se, enfrentando a questão em setembro de 2006, quando o Quarto Grupo Cível, ao apreciar o Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 70016676967, editou a Súmula 32,³⁴ já reconhecendo a possibilidade de aplicação do instituto, de natureza eminentemente penal, aos atos infracionais.

Na ocasião, a corte Gaúcha ressaltou que: “Ainda que as medidas socioeducativas tenham cunho essencialmente pedagógico-educativo, é indubitável que possuem, também, caráter repressivo e sancionatório”. (RIO GRANDE DO SUL, 2006) Neste contexto, negar a incidência da prescrição na esfera menorista seria impor, a estes, tratamento mais rigoroso do que o oferecido aos penalmente imputáveis. (RIO GRANDE DO SUL, 2006)

Na oportunidade, mesmo que de forma indireta, a decisão evidencia a dicotomia entre os maiores imputáveis, e os jovens e adolescentes – foco principal da Lei 8.069/90 – o que tem sido objeto de discussão ao longo da história, não apenas no âmbito das ciências jurídicas mas, pela própria sociedade.

A mudança de paradigmas, introduzida pela Lei 8.069/90, como não poderia deixar de ser, suscitou inúmeros debates. Um deles, relativo à natureza das medidas socioeducativas, em verdade, apenas reavivou antiga discussão acerca das finalidades das propaladas medidas, polêmica que já remonta aos primórdios da Antiga Grécia:

Há grande discordância doutrinária quando se discutem as finalidades das medidas sócio-educativas a que estão sujeitos os jovens em conflito com a lei. Alguns defendem sua ênfase primordialmente preventiva especial, de oferecimento ao adolescente de uma oportunidade de melhora comportamental, enquanto outros afirmam fortemente seu caráter penal e sua semelhança com as penas e suas finalidades.

[...]

As doutrinas moralistas de emenda do infrator são as mais antigas, relacionadas a *poena medicinalis* já defendida por **Platão**, ao mencionar a enfermidade da alma, e por **São Tomás de Aquino**.

Trata-se das mais puras concepções judaica, católica e religiosa em geral, informadoras do Direito Canônico Medieval, de acordo com o qual o castigo serviria como instrumento de correção ao que a ele se submetesse.

[...]

No Brasil, a Doutrina da Situação Irregular foi inaugurada no ano de 1927, com o Código Mello Matos, sendo também adotada pela Lei 6.697/79, o chamado Código de Menores. Em nome da proteção e correção das crianças e adolescentes, eram cerceados seus mais fundamentais direitos, através da implantação de uma pedagogia correcional.

³⁴ Súmula 32 – Aplica-se aos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente o instituto da prescrição, consoante prazos máximos das medidas socioeducativas cabíveis e os lapsos temporais previstos no art. 109 do Código Penal, sem o redutor decorrente da idade.

Não se punia o ato praticado pelo jovem, sendo essa análise inclusive secundária na decisão acerca da necessidade de intervenção estatal. O ato ilícito era considerado meramente sintomático de uma inadaptação social, que por si só ensejava a mencionada intervenção.

[...]

Como as medidas eram consideradas benéficas, ou seja, uma oportunidade dada ao jovem de reeducar-se, afastavam-se de sua aplicação quaisquer garantias, utilizando-se o jovem como mero instrumento da vontade Estatal.

Cabe ainda recordar que a prevenção especial não levava em conta a conduta praticada pelo infrator, nem sua vontade de ser reeducado, apenas visava a prevenção de um futuro ato delituoso, o qual poderia ser cometido por um sujeito criado sob condições sócio-econômicas vulneráveis.

A mudança se inicia a partir da década de setenta, na Europa, com base nos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, quando passa a ser desenvolvido um modelo diferenciado de disciplina dos jovens em conflito com a lei, marcado por um critério de responsabilidade, em substituição ao modelo de proteção.

[...]

No Brasil, a escola foi introduzida pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988, sendo a primeira vez que nossa Carta Maior abordava a questão dos menores. Posteriormente, em 13 de julho de 1990, foi promulgada a Lei Federal 8.069, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual operacionalizou toda a mudança de referências e paradigmas, explicitamente adotando a nova doutrina.

A pedra angular de todos esses documentos internacionais é a responsabilidade, por óbvio, específica para a fase de desenvolvimento em que se encontram crianças e adolescentes. Os jovens passam a ter a dignidade de serem respeitados e até responsabilizados por seus atos, desmistificando-se o estigma que carregavam de seres incapazes, necessitados de uma segunda educação.

Ressalvadas suas inúmeras qualidades, os instrumentos internacionais não são precisos em relação a denominação das consequências jurídicas dos atos infracionais (se medidas, medidas sócio-educativas ou sanções juvenis). Na maioria das legislações, inclusive no Brasil, fala-se em medidas sócio-educativas visando afastar a carga negativa da palavra sanção, tratando-a, pois, como se benéfica fosse.

No entanto, esse é fator que dificulta a determinação das finalidades das reprimendas destinadas aos jovens infratores, aproximando-as, no mais das vezes, das medidas tutelares que só causaram prejuízos aos que a elas foram submetidos, e escondendo seu caráter repressivo.

É certo, porém, que o novo sistema de justiça é mais benéfico aos jovens em conflito com a lei, uma vez que se pretende que sejam transpostos a eles todos os direitos e garantias disciplinados pelo direito penal, além daqueles específicos da fase desenvolvimental e melhor interesse do jovem. Além do que, objetiva-se também o reconhecimento da natureza penal das medidas sócio-educativas, cujas finalidades são as mesmas das penas. [...] (ARAUJO, 2008)

Nesta esteira, duas correntes se contrapõem: uma, defendendo o caráter predominantemente educativo e ressocializante das medidas aplicáveis em razão da prática infracional, e a outra, afirmando presentes, nas referidas medidas, inarredável caráter sancionatório.

De um lado, alinham-se aqueles que, ressaltando o caráter pedagógico, educativo e ressocializante das medidas socioeducativas, sustentam que as mesmas não constituem pena. Salientando a divergência de embasamento teórico e dos objetivos perseguidos pelo festejado estatuto frente às leis penais, afirmam que a prescrição é instituto típico e afeto apenas a estas últimas, notadamente pelo caráter punitivo que lhes anima. Nesta linha de raciocínio, asseveram que, em louvor à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento – reconhecida pela Lei. 8.069/90 aos indivíduos menores de 18 anos – o sistema criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto quanto o emprego das medidas de proteção e socioeducativas por ele introduzidas no ordenamento jurídico, viriam em prol do desenvolvimento dos jovens indivíduos e, em seu benefício, razões pelas quais, desarrazoado cogitar da incidência da prescrição.

Tais argumentos, com a devida vênia, não são jurídicos, e partem do lano entendimento de que o discurso é capaz de sobrepujar a prática. Em que pese seja notória, e digna de louvor, a mudança de paradigmas patrocinada pela Lei 8.069/90, a simples edição da norma – que efetivamente empresta às questões infanto-juvenis novas feições – não tem o condão de, de imediato, alterar o quadro social vigente, criando, de chofre, instituições aptas a proporcionar a educação e ressocialização preconizadas pela legislação, livre de quaisquer resquícios das mazelas que permeiam as instituições responsáveis pela implementação das medidas agora proclamadas. E mais, o singelo reconhecimento de que os objetivos do ECA e a intenção que move sua implementação são benéficos a seus tutelados equivale, na prática, ao retrógrado entendimento vigente à época do Código de Menores, de que o tratamento Estatal dispensado àqueles que se encontrem ao seu *abrigo* é benéfico em si mesmo, prescindido da observância dos direitos e garantias processuais asseguradas aos demais cidadãos, notadamente na esfera penal.

De outra banda, os que reconhecem, nas medidas socioeducativas, caráter retributivo, evidenciam, de início, a equivalência – substancial e material – das medidas adotadas em uma e outra esferas, como ocorre, por exemplo, com a prestação de serviços à comunidade, espécie que encontra idêntica previsão na Lei 8.069/90 e no Código Penal.

Além disto, destacam a similitude de efeitos práticos entre as penas restritivas de liberdade e a internação que importam, em igual proporção, em supressão da liberdade e do direito de ir e vir.

Dito posicionamento também ressalta que a aplicação das medidas socioeducativas previstas pelo ECA – tanto quanto das penas – é consequência jurídica da prática de um delito e, assim sendo, em sentido lato, encerra punibilidade e repressão.

Finalmente salientam, os que perfilham tal entendimento, que o ato infracional nada mais é do que crime, praticado por sujeito menor, sendo inegável que o ato infracional espelha conduta juvenil que se amolda às normas penais tipificadoras de crime.

A partir daí, o debate estende suas teias sobre o instituto da prescrição, sendo que, sob a negativa do caráter retributivo das medidas socioeducativas, durante algum tempo, negou-se a possibilidade da aplicação da prescrição no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todavia, na atualidade, é escorreito o posicionamento contrário, sendo reconhecida de forma pacífica a viabilidade da aplicação do instituto da prescrição também aos atos infracionais, não havendo razão para que não se estenda, aos inimputáveis, o benefício previsto na órbita penal.

Relevante destacar, no ponto, que a negativa da aplicação da prescrição no âmbito do ECA, no entender dos que defendem tal possibilidade, esbarra no âmago do próprio Estatuto, justamente em razão do reconhecimento da *peculiar condição de pessoa em desenvolvimento* por ele apregoada,³⁵ que assegura, a seus tutelados, medidas notadamente mais benéficas, tais como a desvinculação da medida socioeducativa do ato praticado e a possibilidade de concessão de remissão pelo Ministério Público, como forma de exclusão do processo. A mesma flexibilidade também emerge da disciplina do §5º, do artigo 121 do ECA,³⁶ que determina a cessação do cumprimento de medida de internação pelo implemento da idade de 21 anos, o que, em última análise, também implica no reconhecimento de que o transcurso do tempo tem reflexos na validade, eficácia, e nas próprias razões que justificam a aplicação e/ou a manutenção das medidas socioeducativas. Deste modo, nada mais natural e óbvio do que, que o transcurso do tempo, também seja reconhecido como causa extintiva da *punibilidade* subjacente nas medidas socioeducativas.

No sentido da inaplicabilidade inicialmente destacada, decidi, por exemplo, o 4º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2004, por ocasião do julgamento dos Embargos Infringentes número 70009992736.

³⁵ Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

³⁶ Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento [...]

ECA. ATO INFRACIONAL. PRESCRIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. Descabe a aplicação do instituto da prescrição da pretensão punitiva como forma de extinção da punibilidade da infração cometida por menor, conquanto o artigo 152 do ECA preveja a aplicação subsidiária das normas gerais previstas na legislação processual. É que diferem os princípios em que se embasam o Direito Penal e o Direito da Criança e do Adolescente, sendo aquele instituto da prescrição afeito apenas ao primeiro. A prescrição da pretensão punitiva não se aplica aos procedimentos para apuração de ato infracional, uma vez que o Estatuto Menorista, através de procedimento próprio, tem o objetivo de ressocializar o menor infrator para que ele possa remodelar o seu comportamento inadequado e, com isso, viver de acordo com as normas impostas pela sociedade. EMBARGOS REJEITADOS, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2004)

Como persistisse a polêmica, dois anos mais tarde a Corte Gaúcha, ao apreciar o já mencionado incidente de uniformização de jurisprudência número 70016676967, em decisão do mesmo colendo 4º Grupo Cível, firmou posicionamento diametralmente oposto, que resultou na edição da súmula 32, que espelha o entendimento atualmente dominante:

32. Aplica-se aos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente o instituto da prescrição, consoante os prazos máximos das medidas socioeducativas cabíveis e os lapsos temporais previstos no art. 109 do Código Penal, sem o redutor decorrente da idade. (RIO GRANDE DO SUL, 2006b)

No mesmo rumo mas, já em 2007, o Superior Tribunal de Justiça, edita a Súmula 338: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”, apesar da qual, outros embates persistem não apenas do plano acadêmico mas, principalmente, nos Tribunais.

3.6 Cálculo para apuração do prazo prescricional

De toda a contenda, remanesce ainda a divergência no que pertine aos critérios a serem adotados para a apuração do propalado lapso que, uma vez transcorrido, tem o condão de extinguir a *punibilidade*, agora por extensão, também dos adolescentes que incorrem em práticas infracionais.

Desnecessário registrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente é silente quanto à questão, uma vez que sequer ao instituto propriamente dito faz qualquer menção. Inobstante a doutrina, ao examinar o tema, destaca o teor de alguns artigos, que seriam balizadores da matéria.

Um dos parâmetros apontados, seria o implemento da idade de 21 anos.

Ressaltando o teor do parágrafo único do artigo 2 da Lei 8.069/90,³⁷ tanto quanto do §5º, do artigo 121³⁸ da mesma Lei, há quem sustente a aplicação das normas do ECA, até o referido limite, aí se entendendo não apenas o cumprimento das medidas eventualmente aplicadas a indivíduos que tenham incorrido em práticas infracionais quando ainda menores, como também, a hipótese de prosseguimento de procedimentos para apuração das referidas práticas. (SARAIVA, 2006). Contrário senso, cessariam na mesma ocasião, tanto a aplicação de eventuais medidas socioeducativas, como a possibilidade de apuração de práticas infracionais, independentemente da natureza, gravidade ou do lapso temporal transcorrido desde o exercício delituoso, até a superveniência da idade limite, de 21 anos.

No ponto, a crítica que não se pode deixar de registrar, alerta para a incoerência que desponta da adoção de critério estanque, e sua aplicação, em situações díspares.

Neste sentido, ter-se-ia, por exemplo, como prazo fatal para apuração (bem como, para a aplicação de medida socioeducativa) a idade de 21 anos do agente que pratique, tanto fato consubstanciado na destruição da vidraça do vizinho – provocada por adolescente de 13 anos que, no dia de seu aniversário extravasa seus instintos arremessando contra ela uma pedra – quanto, para a ação perpetrada por adolescente que – prestes a completar 18 anos, previamente concertado com outros quatro indivíduos – invade agência bancária da qual o grupo rouba todo o numerário disponível na ocasião e, estando fortemente armado – inclusive com arma de uso restrito – dispara, e acaba por matar o segurança da agência, o gerente, além de vários funcionários e clientes.

A desproporção é evidente.

Outro critério invocado é a espécie de medida socioeducativa a ser empregada.

Neste sentido apontava, por exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no prolapado incidente de uniformização de jurisprudência nº 70016676967:

[...]
TENDO PRESENTE QUE OS PRAZOS MÁXIMOS ESTABELECIDOS PELO
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS

³⁷ Art. 2 Considera-se criança, [...]

Parágrafo Único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

³⁸ Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade,

[...]

§5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

SOCIOEDUCATIVAS SÃO DE TRÊS (03) ANOS (INTERNAÇÃO) E DE SEIS (06) MESES (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE), TEREMOS OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO EM OITO (08) ANOS E DOIS (02) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 109, IV E VI, DO CÓDIGO PENAL, RESPECTIVAMENTE, OBSERVADAS AS CAUSAS DE SUSPENSÃO E INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO CONTIDAS NA LEGISLAÇÃO PENAL [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2006a)

A conjectura, embora, em princípio, pretenda guardar proporção com a gravidade da infração, encontra óbices na sua efetiva utilização.

As dificuldades despontam, já de início, do fato de inexistir previsão taxativa, ou exata correspondência, entre fato e medida a ser aplicada. Em outras palavras, da mesma ação, dependendo das condições pessoais do agente, tanto poderá decorrer o emprego de medida restritiva de direito – o que resultaria num prazo prescricional de dois anos – quanto uma internação – cujo prazo prescricional apontado, seria quatro vezes maior, fixado em oito anos.

Deste modo, somente se poderia cogitar da aplicação das prescrições retroativa, intercorrente ou da pretensão punitiva, o que importaria em indispensável processamento da representação, com prolação de sentença, sendo impraticável o reconhecimento da prescrição *in abstracto*.

Entrementes, a adoção de tal critério não limitou-se à Corte local, além do que, suscitou outras controvérsias.

O Superior Tribunal de Justiça, embora inicialmente adotando idêntico parâmetro, vai além, cumulando aos prazos dos incisos IV e VI do art. 109 do Código Penal,³⁹ a incidência do redutor a que alude o artigo 115⁴⁰ do mesmo diploma legal:

[...]

No caso, a adolescente descumpriu medida sócio-educativa (liberdade assistida) em 19.2.04, data a partir da qual se iniciou a contagem do prazo prescricional. A medida, cujo prazo é inferior a 1 (um) ano, prescreve em 2 (dois) anos (art. 109, parágrafo único, do Cód. Penal). **E mais: por equiparação, é reduzido de metade o prazo da prescrição quando o agente era, ao tempo do fato, menor de 21 (vinte e um) anos.** Assim, a medida sócio-educativa prescreveu em 18.2.05. [...] (BRASIL, 2005) (grifei)

Note-se que, o referido posicionamento – que já data do ano de 2005 – é ainda adotado por parcela dos Tribunais, até os dias atuais:

³⁹ [...]

IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

[...]

VI – em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

⁴⁰ Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição...

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ECA. ATO INFRACIONAL. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 338/STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas (Súmula 338/STJ).
2. O Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que o prazo prescricional deve ter por parâmetro, tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem termo, a duração máxima da medida de internação (3 anos), ou, havendo termo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença. Fixado o prazo, deve ser reduzido à metade, em decorrência do disposto no art. 115 do Código Penal.
3. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença que reconheceu a prescrição, estendendo, de ofício, os efeitos desse julgado, nos termos do art. 580 do CPP, aos co-réus, EDUARDO LUZ ROSA e MARIA ALICE PEDROSO SILVEIRA. (BRASIL, 2009b)

Todavia, a veemência do Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, em voto paradigmático lançado nos autos do Habeas Corpus nº 88.788, julgado em 27.06.2008, e diversas vezes invocado em decisões posteriores, parece apontar a solução mais equânime e, tendente a prevalecer. Do referido acórdão, vale destacar:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. INTERNAÇÃO-SANÇÃO. LEGITIMIDADE. INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE. PARÂMETRO. PENA MÁXIMA COMINADA AO TIPO LEGAL. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL À METADE COM BASE NO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. HIPÓTESE DE CRIME DE ROUBO. PRESCRIÇÃO NÃO CONSUMADA, NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. [...]
2. O instituto da prescrição não é incompatível com a natureza não-penal das medidas sócio-educativas. Jurisprudência pacífica no sentido da prescritibilidade das medidas de segurança, que também não têm natureza de pena, na estrita acepção do termo.
3. Os casos de imprescritibilidade devem ser, apenas, aqueles expressamente previstos em lei. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não estabelece a imprescritibilidade das medidas sócio-educativas, devem elas se submeter à regra geral, como determina o art. 12 do Código Penal.
4. O transcurso do tempo, para um adolescente que está formando sua personalidade, produz efeitos muito mais profundos do que para pessoa já biologicamente madura, o que milita em favor da aplicabilidade do instituto da prescrição.
5. O parâmetro adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para o cálculo da prescrição foi o da pena máxima cominada em abstrato ao tipo penal correspondente ao ato infracional praticado pelo adolescente, combinado com a regra do art. 115 do Código Penal, que reduz à metade o prazo prescricional quando o agente é menor de vinte e um anos à época dos fatos.

6. Referida solução é a que se mostra mais adequada, por respeitar os princípios da separação de poderes e da reserva legal.
7. A adoção de outros critérios, como a idade limite de dezoito ou vinte e um anos e/ou os prazos **não cabais** previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para duração **inicial** das medidas, além de criar um *tertium genus*, conduz a **diferenças de tratamento entre pessoas em situações idênticas** (no caso da idade máxima) e a distorções incompatíveis com nosso ordenamento jurídico (no caso dos prazos iniciais das medidas), deixando de considerar a gravidade em si do fato praticado, tal como considerada pelo legislador.
8. No caso concreto, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não merece qualquer reparo, não tendo se aperfeiçoado a prescrição até o presente momento.
9. Ordem denegada. (BRASIL, 2008b)

A solução aqui apregoada, como se vê, é a adoção das penas máximas abstratamente previstas pelo Código Penal, como prazo base, sobre o qual há de incidir a norma do artigo 115 do mesmo Código, obtendo-se, assim, o prazo prescricional em cada caso.

Com efeito, ao adotar os prazos máximos de duração das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – de 3 anos e seis meses, respectivamente, para as medidas privativas de liberdade e as restritivas de direitos – o Poder Judiciário inova, criando um “terceiro elemento” inexistente no ordenamento jurídico, extrapolando assim, os limites de sua competência.

Ora, ainda que o sistema criado a partir da Lei 8.069/90 não aluda ao instituto da prescrição, sua aplicação aos procedimentos por ela regidos é autorizada pela analogia uma vez que, na hipótese, a norma penal invocada – por ser não incriminadora – possibilita a referida operação.

Todavia, a manobra encontra limites, não podendo ser invocada em relação aos critérios em comento, a partir dos quais serão computados os respectivos prazos prescricionais.

Os limites máximos de duração das medidas socioeducativas de internação e restritivas de direitos – respectivamente de três anos e seis meses, como já sinalado – não autorizam o emprego que vem lhes sendo emprestado. Isto porque, neste plano, não se trata de aplicar analogia, visto que a pretensão não encontra amparo em norma legal – civil ou penal – mas constitui-se resultado de construção jurídica, elaborada no âmbito do Poder Judiciário.

Em tais circunstâncias, consoante destacado pelo STF, malferidos os princípios constitucionais da separação dos poderes⁴¹ e da reserva legal.⁴²

⁴¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Em que pese modernamente o conceito da expressão *separação de poderes* já não seja rígido e estanque, apresentando-se maleável e elástico, sendo notórias as possibilidades que cada um dos Poderes atualmente têm de exercer atividades afetas aos demais, evidentemente, tal faculdade há de ser exercida de modo restrito.

Acerca do tema, especialmente sobre o cotejo das atribuições dos Poderes Legislativo e Judiciário, é entendimento assente na doutrina de que a atuação *legislativa* do Poder Judiciário, só é admitida no sentido negativo. Em outras palavras, ao judiciário é dado deixar de aplicar norma que entenda inconstitucional – assim declarando-a, no caso concreto. Todavia, é vedada a atuação positiva, no sentido de que não lhe cabe determinar – a outro poder, e por extensão, a qualquer cidadão – atuação ou abstenção que não decorra de lei. (NERY JUNIOR, 2006) O entendimento, aliás, nada mais faz do que consagrar o preceito do inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal.

A mesma abalizada doutrina destaca que, ao adotar critérios próprios, o Poder Judiciário, além de exercer atividade que lhe é estranha, usurpando atribuição que no sistema vigente incumbe ao Poder Legislativo, também espelha evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Assim, não é exagero afirmar que a adoção de parâmetros que não encontram origem em normas legais de qualquer natureza (civil ou penal; material ou processual), traduz atuação não apenas arbitrária mas, inconstitucional, do Poder Judiciário.

Tal posicionamento, ademais, não é incipiente em nosso meio, de há muito já advertindo a doutrina:

[...] Reconheça-se, com CARNELUTI, que, no sistema rígido, que é o complexo das normas legais, algumas vezes em anomia com o complexo das relações sociais, que é uma massa em movimento, “*ocorre inserire dei giunti elastici, se non si vuole o che il diritto comprima la società o che la società infranga il diritto*”. Mas isso sem o repúdio subversivo da lei. Aplique-se a “justiça do caso concreto”, tanto quanto o permita a norma legal ao definir a “justiça do caso abstrato”, e isto mais acentuadamente numa época, como a atual, de profunda crise político-social, a exigir uma longa transfusão de equidade no sistema jurídico, para evitar-lhe o dismantelo e ruína.

Mas, fiquem aí os juízes. Não passem daí, pois, do contrário estariam tomando a iniciativa de demolição da ordem jurídica. **Deixar ao livre alvedrio ou variável critério dos juízes a aplicação do que estes, fora da lei, entendem por direito, seria fazer**

⁴² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

da justiça uma incerteza e uma constante ameaça à segurança dos direitos individuais e sociais. A tese de “direito livre” de KANTOROWICZ, segundo a qual o juiz deve substituir-se à lei, é apenas um arrojado de panfletário e não pode ser levada a sério, pois importaria em sobrepor à vontade coletiva, expressa na lei, a vontade arbitrária de um só, expressa na sentença judicial. (grifei) (HUNGRIA, 1977)

Deste modo, a solução mais adequada – se não a única possível – com efeito parece ser a apontada pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que os critérios lá adotados, ainda que sujeitos a crítica(s), encontram amparo legal, o que viabiliza sua adoção, pelo emprego de analogia.

A crítica que, neste momento, poderia despontar, seria que, o parâmetro em comento, concretamente, ofereceria condições apenas para a apuração da prescrição da pretensão punitiva *in abstracto*, afastando do âmbito de atuação do ECA, as prescrições da pretensão punitiva retroativa e intercorrente, tanto quanto, da pretensão executória.

As razões são óbvias. Aqui – ao contrário do que se dá na esfera penal – ante a brevidade das medidas (restritivas de direitos) aplicáveis, bem como, diante da vedação do § 2º, do artigo 121, do Estatuto da Criança e do Adolescente,⁴³ a compatibilização das diversas modalidades mostra-se de todo inviável, sendo notória a incongruência, visto que os lapsos prescricionais – nas modalidades retroativa e intercorrente, da pretensão punitiva, bem como da pretensão executória – seriam manifestamente inferiores, criando situações inconciliáveis no contexto fático e normativo juvenil.

Todavia, a questão que, como já destacado, poderia ensejar censura, é abrandada pelo Projeto de Lei 1.383/03 em tramitação, que propõe a supressão das prescrições da pretensão punitiva nas modalidades retroativa e intercorrente.⁴⁴⁻⁴⁵

⁴³ Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

[...]

§2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

⁴⁴ Projeto de Lei nº 1.383, de 2003, de autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia:

O texto enviado ao Senado Federal assim dispõe:

Projeto de Lei 1383-b de 2003

Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º – No Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, ficam introduzidas as seguintes alterações:

I – O artigo 109 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no parágrafo Único do artigo 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

II – O §1º do art. 110 passa a vigorar com a redação seguinte:

Restaria assim, a partir da alteração proposta, tão somente reconhecer-se a impossibilidade da aplicação – por extensão, aos procedimentos para apuração de atos infracionais – da norma do artigo 110 do Código Penal, ao menos até que sobrevenha regra específica, que regulamente o tema na órbita juvenil.

Assim, ainda que a solução, não esgotasse a matéria, não negaria a aplicação do instituto – notoriamente benéfico – aos adolescentes que incidirem em prática infracional, através do adequado emprego de analogia, sem que, contudo, se verifique qualquer traço de inconstitucionalidade.

Mesmo assim, parece inarredável a necessidade de edição de norma específica, que crie regras próprias, relativas à prescrição dos atos infracionais, esclarecendo as hipóteses de incidência, modalidades, prazos, em fim, elucide a questão e considere as peculiaridades dos jovens infratores, compatibilizando o instituto com as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A mera transposição de regras de natureza penal aos procedimentos para apuração de ato infracional tem criado celeuma invencível por outros meios, que não a edição de regras específicas. É o que ocorre, também, com a execução das medidas socioeducativas, matéria que vem sendo discutida no Congresso Nacional, e que resulta de demorada reflexão acerca da questão, fruto das inúmeras dificuldades encontradas no dia-a-dia.

Sobre o tema, é contundente a doutrina:

[...]

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 – introduziu no Brasil um Direito Penal Juvenil. Assim o é definido em todos os países da América Latina onde houve a recepção em seus sistemas legislativos da doutrina da proteção integral, cujo *modus operandi* é idêntico ao adotado no Brasil.

Do ponto de vista normativo, há necessidade de que imediatamente seja regulamentado por lei o processo de execução das medidas socioeducativas, em face do que se fez lacônico o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Desta lacuna legislativa tem resultado o avanço da discricionariedade e do arbítrio na execução das medidas socioeducativas.

[...] (SARAIVA, 2005)

“Art. 110 –

§1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão”

III – Revoga-se o §2º do art. 110 do Código Penal.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

⁴⁵ O referido Projeto de Lei 1383/03, encontra-se, desde 04/03/2008, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara de Deputados, para análise das Emendas do Senado.

As mesmas judiciosas ponderações são perfeitamente aplicáveis à disciplina da aplicação da prescrição penal aos procedimentos para apuração de atos infracionais.

A falta de norma específica regulamentando a matéria é que motiva todo o intenso debate aqui sucintamente descrito, e que além de ainda causar insegurança e hesitação, certamente cria disparidades indesejáveis, que devem ser evitadas.

Assim, a exemplo do que já ocorre relativamente à execução das medidas socioeducativas,⁴⁶ o ponto está a reclamar adequada regulamentação.

3.7 Aplicação da norma do artigo 115 do Código Penal

Sobre a matéria remanesce, entretanto, intenso debate relativo à extensão, aos procedimentos para apuração de ato infracional, da norma do artigo 115 do Código de Penal.⁴⁷

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por ocasião da decisão que resultou na edição da reiteradamente mencionada Súmula nº 32, expressamente enfrentou o tema, infirmando, em sua parte final, a aplicação da referida causa de redução do lapso prescricional:

32. Aplica-se aos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente o instituto da prescrição, consoante os prazos máximos das medidas socioeducativas cabíveis e os lapsos temporais previstos no art. 109 do Código Penal, sem o redutor decorrente da idade. (RIO GRANDE DO SUL, 2006b) (grifei)

Entretanto, não se estancava aí a polêmica. Nos dias atuais, inclusive, é diverso o posicionamento vigente, na Corte Gaúcha, acerca da matéria:

APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL. SENTENÇA QUE APLICA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 338 DO STJ. ADOÇÃO INTEGRAL DO INSTITUTO. Os atos infracionais estão sujeitos à aplicação da prescrição (Súmula 338 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça). Aplica-se integralmente o Código Penal Brasileiro, inclusive o art. 115 que trata do redutor de idade. Inviável interpretação extensiva quando se trata de imputação de sanção. Processo prescrito. DECRETADA A PRESCRIÇÃO, DE OFÍCIO. NEGADO SEGUIMENTO EM MONOCRÁTICA. (RIO GRANDE DO SUL, 2009c)

⁴⁶ A matéria é objeto do Projeto de Lei nº 1.627/2007, formulado pelo Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente –, em parceria com Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude (BMP) e o Fórum Nacional de Dirigentes Governamentais de Entidades da Política de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança (FONACRIAD). A proposta, submetida por seus mentores à consulta pública, cria o Sinase (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) e foi apresentada pelo Executivo ao Congresso em 13/07/2007.

⁴⁷ Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

APELAÇÃO CIVEL. ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA DO ESTADO IN CONCRETO. A Súmula nº 338 do STJ pacificou a questão da aplicabilidade do instituto da prescrição às medidas socioeducativas. Considerando que a sentença aplicou medida socioeducativa com prazo certo de 06(seis) meses, nos termos do art. 109, VI, c/c art. 115, do Código penal, a prescrição se opera em 01(um) ano. No caso, tendo transcorrido mais de ano entre o recebimento da representação e a sentença, impõe-se reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão socioeducativa do Estado, de ofício, extinguindo-se o feito, prejudicada a análise do recurso voluntário. FEITO EXTINTO PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA DO ESTADO. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. (RIO GRANDE DO SUL, 2009a)

Idêntico, é o entendimento atualmente prevalente no Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO ÀS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. OFENSA AOS ARTS. 109 E 115 DO CP. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 152 E 226 DO ECA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (BRASIL, 2009a)

Pela concisão da ementa, que deriva de decisão monocrática, peço vênia para extrair, do corpo da referida decisão:

[...]

Em seu Recurso Especial, o recorrente limita-se a sustentar a negativa de vigência ao artigo 115 do Código Penal, por entender que a causa de redução deve ser aplicada também aos menores, colacionando diversos julgados dessa Corte. De fato, verifica-se que razão assiste ao recorrente. Observa-se, da leitura da pretensão recursal, que a matéria debatida encontra-se pacificada nesta Corte de forma contrária ao que decidido pelo Tribunal de origem, mostrando-se, portanto, plausível a irrisignação do ora agravante. Com efeito, este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento sumulado no sentido de ser aplicável às medidas sócio educativas os lapsos prescricionais previstos no artigo 109 do Código Penal (E. 338/STJ), verbis: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas”. Ademais, é pacífica nesta Corte a incidência da redução do prazo de prescrição, nos termos do que disciplina o artigo 115 do Código Penal. [...] (BRASIL, 2009a)

Não diverge o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRESCRIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. APLICABILIDADE DAS REGRAS PREVISTAS NO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL À METADE COM BASE NO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DENEGADO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA

INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Se a alegação da eventual incidência do princípio da insignificância não foi submetida às instâncias antecedentes, não cabe ao Supremo Tribunal delas conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância. 2. **É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prescrição das medidas socioeducativas segue as regras estabelecidas no Código Penal aos agentes menores de 21 (vinte e um) anos ao tempo do crime, ou seja, o prazo prescricional dos tipos penais previstos no Código Penal é reduzido de metade quando aplicado aos atos infracionais praticados pela criança ou pelo adolescente.** 3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado. 4. Concessão de ofício para reconhecer a incidência do princípio da insignificância. (BRASIL, 2009c) (grifei)

Embora pessoalmente não vislumbre, no teor da Súmula 338 do STJ, razão suficiente para autorizar a aplicação aos procedimentos para apuração de atos infracionais do indigitado redutor, a questão, no momento, alcança serenidade nos termos das decisões retromencionadas.

O tema, isoladamente examinado, aliás, não causa espécie, tampouco desborda da razoabilidade.

Em verdade, a incidência da propalada norma assume maior relevância, suscita debate e motiva repulsa, em razão de sua combinação com os já analisados parâmetros para apuração dos prazos prescricionais.

Perfeitamente aceitável sua incidência também nas infrações reprimidas nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente se adotarmos – como já tem orientado o Supremo Tribunal Federal, v.g. do mencionado Habeas Corpus nº 88.788 – como critério base para a apuração do propalado lapso, a pena base abstratamente prevista pelo Código Penal. Aliás, nada mais natural. Neste caso, a adoção das regras do Código Penal é integral, e as peculiaridades decorrentes da menoridade do agente ficam por conta da sanção a ser empregada que, neste caso, não será pena propriamente dita – de qualquer natureza – mas, medida socioeducativa que, dependendo das condições pessoais do autor e da gravidade da infração, poderá também ser restritiva de direito, privativa de liberdade ou, mera admoestação.

Se não paira controvérsia acerca da incidência da norma nos casos dos crimes praticados por indivíduos maiores de dezoito anos mas, menores de vinte e um e, se a política criminal vigente assim o autoriza e recomenda, não há motivo para que o beneplácito não seja estendido aos menores de dezoito anos. Antes o contrário; consoante já fartamente ponderado, por razões ainda mais evidentes, adequada a incidência do artigo em comento sobre os atos infracionais, quando mais não seja, em respeito à peculiar condição de *pessoa em desenvolvimento*, consagrada pela Lei 8.069/90.

Entretanto, a combinação da redução prevista pelo artigo 115 do Código Penal, com a igualmente já examinada adoção de critérios aleatórios – notadamente os de três anos e seis meses, dependendo da qualidade da medida a ser empregada, se por prazo certo (nos casos de medidas socioeducativas restritivas de direito) ou, por prazo indeterminado (nas hipóteses de internação) – não permite a mesma tranquilidade. Isto porque, não bastasse a exiguidade já destacada, dos prazos prescricionais naturalmente resultantes do emprego de ditos parâmetros, a redução em apressado, resulta em prazos verdadeiramente impraticáveis.

Nesta hipótese – exceto nos casos de emprego de medida de internação – a prescrição dos atos infracionais – pela dicção conjunta das regras dos artigos 109, VI e 115 – resultaria no exíguo prazo de um ano, acarretando, indubitavelmente, a maciça extinção dos procedimentos de apuração de atos infracionais.

A consequência em destaque tem sérios e indesejáveis reflexos sociais, que não podem ser desprezados, e reclamam maior reflexão pelos aplicadores do direito.

O emprego conjunto do critério em estudo certamente colabora para a propagação do deletério sentimento de impunidade que graça na sociedade, especialmente entre os adolescentes, contribuindo para o indesejável sentimento de que aos menores tudo é permitido, sendo que o desrespeito às leis e a ordem, para eles, “*não dá nada*”.

Neste contexto, não é a norma do artigo 155 do Código Penal, isoladamente considerada, que deve ter vedada sua aplicação aos procedimentos para apuração de ato infracional, nem tampouco, que pode ser apontada como responsável pela ampla ocorrência de extinção dos referidos procedimentos, independentemente de julgamento de mérito, pela incidência do instituto da prescrição.

3.8 Prescrição projetada

Se a prescrição na esfera menorista é palco de controvérsia, ainda maior o equívoco quando se trata da denominada prescrição projetada, reiteradamente tratada pela jurisprudência como sinônima de prescrição *in abstracto*.

A confusão é compreensível, na medida em que, na orbita penal, o que diferencia as referidas modalidades é a pena adotada como parâmetro para apuração do lapso prescricional – a máxima abstratamente prevista, para o caso da prescrição *in abstracto* ou, a mínima (possivelmente aplicada à hipótese), para a obtenção do prazo da prescrição projetada. As peculiaridades que circundam a legislação menorista não permitem a diferenciação.

O que se tem verificado, na prática, é o emprego indiscriminado das expressões – que como já analisado contemplam institutos diversos – sem que se proceda a necessária distinção:

APELAÇÃO CIVIL. ECA. ATO INFRACIONAL. ROUBO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA Nº 338 DO STJ. APLICABILIDADE. Transcorrido período superior a um ano entre as datas do recebimento da representação e a da sentença, consoante o art. 109, VI, c/c o art. 115, ambos do Código Penal, assim como, em obediência à Súmula nº 338 do STJ, inarredável o reconhecimento da ocorrência da prescrição em perspectiva da pretensão socioeducativa do Estado. Precedentes. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2009d)

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. REPRESENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO IN ABSTRATO. Segundo a Súmula nº 338 do STJ, as medidas socioeducativas se submetem à prescrição, inclusive no que se refere aos mecanismos de contagem do prazo, dentre os quais, o redutor etário (art. 115 do CP). Não tendo havido sentença de mérito, com aplicação de medida socioeducativa, o prazo prescricional deve ser calculado levando-se em conta a pena máxima prevista para o tipo penal correspondente ao ato infracional, considerando-se, em qualquer caso, o limite de quatro anos, correspondente ao prazo prescricional máximo para a medida de internação. Tratando-se, no caso, de ato infracional de disparo de arma de fogo no interior de residência, sem ofensa corporal a ninguém, e levando-se em conta as características pessoais dos adolescentes, não se justificando a aplicação de medida de internação, resta mantida a decisão que reconheceu o implemento do prazo prescricional, nos termos dos arts. 109, inciso VI, 115 e 117, todos do Código Penal. Sentença confirmada. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2009b)

Todavia, o que reclama especial atenção, no caso das medidas socioeducativas, não é a discussão acerca da possibilidade de aplicação ou não da cognominada prescrição da pretensão punitiva projetada, em perspectiva ou virtual. Aqui, o que gera apreensão, é o reconhecimento da prescrição com base no prazo máximo de duração da medida socioeducativa hipoteticamente adequada ao fato – o que corresponde, na verdade, ao conceito da modalidade de prescrição virtual – sob a denominação de prescrição in abstracto, como se percebe na decisão retrotranscrita.

Ademais, se a adoção do *instituto* – que como já destacado carece de previsão legal – é alvo de críticas na esfera penal, tanto mais é digna de oposição no circuito da infância e juventude, notadamente pelas razões já veementemente salientadas no item 3.6, onde se aprecia a questão relativa à adoção dos prazos máximos de duração das medidas socioeducativas restritivas de direito e privativas de liberdade, respectivamente, de 6 meses e 3 anos.

A discrepância do lapso prescricional resultante de um ou outro critérios, como já salientado, é notória.

Assim, se no contexto da aplicação das penas, a adoção dos critérios sugeridos pelos defensores da prescrição projetada é capaz de favorecer àqueles que afrontam às regras penais – beneficiando-lhes e pondo-lhes a salvo de possível reprimenda, extinguindo precocemente possível ação penal, sem qualquer contratempo, embaraço ou constrangimento ao delinquente, colaborando para o já refutado sentimento de impunidade e para a propagação da violência, sempre salientados pela doutrina que se opõe ao procedimento – muito menos salutar e antipedagógico se mostra seu emprego nos procedimentos de apuração de ato infracional.

Ressalte-se – ainda que tal possa retratar tautologia – que as consequências daí resultantes, além de importarem em indesejável inconstitucionalidade, vão de encontro aos princípios norteadores da legislação infanto-juvenil – preconizados pela Lei 8.069/90 e consagrados já no artigo 1º da referida norma – que perseguem a proteção integral à criança e ao adolescente.

Conclusão

Concluir pela necessidade e adequação da aplicação da prescrição penal a todos os procedimentos previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que com o Direito Penal guardam similitude, seria tolice.

Seria dizer o óbvio, em relação aos crimes introduzidos no sistema Pátrio pela Lei 8.069/90, por ser o que deflui do exposto teor do artigo 226 da referida Lei.

Seria despropósito, em relação às infrações administrativas, diante do entendimento sedimentado nas Cortes Nacionais, ainda que, pessoalmente, entenda que tal fosse mais adequado, principalmente diante da incongruência que verte da comparação entre o lapso de cinco anos – empregado por analogia ao prazo prescricional adotado pelo Direito Administrativo – e o incidente em parte dos já referidos tipos penais criados pela Lei 8.069/90, na maioria das vezes menor do que o mencionado lapso de cinco anos, ainda que a reprobabilidade das condutas inicialmente referidas seja, reconhecidamente, inferior a dos últimos.

Seria, finalmente, despiciendo sustentar a incidência da prescrição penal aos procedimentos para apuração de atos infracionais, diante da edição, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Súmula 338 – já em maio de 2007.

Todavia, nem por isto, irrelevante o estudo realizado, que alerta não apenas para a inadequação do tratamento dispensado à questão durante dezessete anos mas, sobretudo, para a importância do tema, e a necessidade de aprofundamento do debate.

A forma de apuração do lapso prescricional nos atos infracionais, emerge como o ponto que reclama maior atenção.

A inconveniência da adoção dos prazos máximos de duração das medidas socioeducativas – de três anos nas hipóteses das medidas privativas de liberdade e de seis meses nas medidas restritivas de direitos – e a verdadeira inconstitucionalidade aí inculpada, agregadas à impossibilidade da plena transposição das normas penais aos procedimentos criados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, evidenciam a premente necessidade de aprimoramento do debate, não apenas pela doutrina – que de modo geral não enfrenta a questão – como pelo Poder Legislativo, principalmente em louvor aos *Princípios Constitucionais da Separação dos Poderes* e, da *Reserva Legal*, malferidos na hipótese inicialmente referida.

Resta evidente que não se está diante de tema banal.

A displicência com que a matéria foi tratada pelos operadores do direito em geral, até bem pouco tempo, afronta o cerne do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao negar a aplicação do instituto da prescrição aos procedimentos para apuração de ato infracional, fere-se de morte a *Doutrina da Proteção Integral*, consagrada pela referida norma.

Ignorar a relevância do tema, mais do que cerrar olhos e ouvidos para a magnitude da questão, é assumir postura retrógrada, equivalente à que vigorava à época do vilipendiado *Código de Menores*, erigida sobre o singelo – e porque não dizer equivocada – entendimento de que o tratamento dispensado pelo Estado às crianças e adolescentes a Ele “entregues”, em razão da incidência da norma “protetora”, é benéfico em si mesmo, dispensando a observância de direitos e garantias de natureza material ou processual, assegurados inclusive constitucionalmente, e plenamente reconhecidos a todos os cidadãos brasileiros, especialmente na órbita Penal.

Assim, incontestemente a adequação do posicionamento atualmente vigente nos Tribunais que, de forma escorregia, têm admitido a incidência da prescrição penal aos procedimentos para apuração de ato infracional.

Todavia, uma análise um pouco mais detida do instituto – a partir dos contornos por ele assumidos no direito pátrio, tais como: conceito, natureza jurídica, características, classificação, fundamentação legal e hipóteses de verificação – denotam a urgência de regulamentação da matéria na esfera infanto-juvenil, com a elaboração de texto legal que, enfrentando com seriedade o tema, traga serenidade ao assunto, afastando as incoerências e incertezas que atualmente proliferam, quando se trata da questão.

Em síntese, resta patente a necessidade de que a incidência do instituto em comento sobre os procedimentos decorrentes da prática infracional – a

exemplo do que também ocorre em relação a outros aspectos que circundam as referidas práticas⁴⁸ – reclamam a edição de norma específica ou, quem sabe, mera complementação do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, de sorte a lançar luz sobre campo ainda nebuloso.

Ainda que os caminhos atualmente adotados decorram de louvável esforço – daqueles que militam na área – interpretativo e integrativo das normas atualmente disponíveis no ordenamento jurídico, afim de contornar a lastimável lacuna, minimizando a falha detectada, o certo é que, como destacado no corpo do trabalho, o emprego do instituto na âmbito infanto-juvenil esbarra em fatores que impedem a plena aplicação das normas penais, tais como previstas na respectiva legislação, donde decorrem inconsistências que depõem contra a estabilização da discussão, ainda remanescente. É o que ocorre, por exemplo, quando o lapso prescricional é apurado com base na pena máxima abstratamente cominada ao tipo,⁴⁹ o que equivale a reconhecer a prescrição da pretensão punitiva *in abstracto*, sem contudo viabilizar a apuração das demais modalidades de prescrição.

O longo caminho até aqui percorrido parece ter possibilitado um avanço da questão – notoriamente nos últimos dois anos, a partir da edição da Súmula 338, pelo Superior Tribunal de Justiça – que, entretantes, ainda reclama amadurecimento, que se espera siga acontecendo no ritmo impresso à questão a partir de 2007, quando a incidência do instituto aos procedimentos de apuração de atos infracionais restou sedimentada, pela edição da propalada Súmula.

Referências

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. Análise histórica acerca das finalidades das medidas sócio-educativas. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 15, n. 185, p. 13-14, abr. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. V8.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 883.288. Relatora Ministra Maria Tereza de Assis Moura. Julgado em: 26 maio 2009a. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

_____. Habeas Corpus nº 39.769. Relator Ministro Paulo Gallotti. Julgado em: 5 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

_____. Habeas Corpus nº 45.667. Relator Ministro Nilson Naves. Julgado em: 28 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

⁴⁸ como, por exemplo, a execução das medidas socioeducativas.

⁴⁹ Conforme vêm fazendo, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

_____. Recurso Especial nº 820.297. Relator Ministro José Delgado. Julgado em: 2 maio 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

_____. Recurso Especial nº 948.956. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 19 mar. 2009b. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 86.313. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 05 jun. 2008a. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2009.

_____. Habeas Corpus nº 88.788. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 27 jun. 2008b. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

_____. Habeas Corpus nº 96.520. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Julgado em: 24 abr. 2009c. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Manual do estatuto da criança e do adolescente**: teoria e prática. São Paulo: Premier Máxima, 2005. 1 CD-ROM

CHAVES, Antonio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1997.

FAYET JÚNIOR, Ney; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos – doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico**: elaboração e formatação com explicitação das normas da ABNT. 14. ed. Porto Alegre: [s.n.], 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2007. v. 1.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição penal antecipada**. Curitiba: Juruá, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**: de acordo com o novo código civil (Lei 10.406/2002). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACEDO, Renata Ceschin Melfi de. **O adolescente infrator e a imputabilidade penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1

NERY JUNIOR, Nelson. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70022296305. Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 13 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

_____. Apelação Cível nº 70028174803. Relator Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 27 maio 2009a. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. Apelação Cível nº 70028661429. Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 15 abr. 2009b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 16 jun. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70021152020. Relator Desembargador Rui Portanova. Julgado em: 25 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

_____. Apelação Cível nº 70029491149. Relator Desembargador Rui Portanova. Julgado em: 01 jun. 2009c. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 16 jun. 2009.

_____. Apelação Cível nº 70029742012. Relator Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 22 jun. 2009d. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 16 jun. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes nº 70009992736. Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em: 12 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

_____. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 70016676967. Relator Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 30 nov. 2006a.

Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 08 jun. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Súmula nº 32. 2006b. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 08 jun. 2009.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999.

_____. **Adolescentes em conflitos com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal: doutrina, prática, jurisprudência, de acordo com as leis nºs 9.268/96 e 9.271/96**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VALENTE, José Jacob. **Estatuto da criança e do adolescente: apuração do ato infracional à luz da jurisprudência, lei federal nº 8.069, de 13-7-1990**. São Paulo: Atlas, 1994.