

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

**A POSSIBILIDADE DE PRESCRIÇÃO NAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS**

AMÓS RODRIGUES DE MELO NASCIMENTO

Prof<sup>a</sup>. Dra. MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO  
(Orientadora)

Recife  
2009.2

AMÓS RODRIGUES DE MELO NASCIMENTO

**A POSSIBILIDADE DE PRESCRIÇÃO NAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS**

Monografia apresentada à Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Prof<sup>a</sup>. Orientadora: Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello.

Recife  
2009.2

AMÓS RODRIGUES DE MELO NASCIMENTO

**A POSSIBILIDADE DE PRESCRIÇÃO NAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS**

**DEFESA PÚBLICA**, em

Recife, 24 de Outubro de 2009.

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>. Orientadora: Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello (UNICAP)

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>. Vanessa Alessandra de Melo Pedroso (UNICAP)

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_  
(UNICAP)

Recife  
2009.2

O Departamento de Direito da Universidade Católica de Pernambuco não aprova nem reprovava as opiniões emitidas nesse trabalho, que são de responsabilidade exclusiva do autor.





## RESUMO

A Lei nº 8.069/90, que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), trouxe vários avanços no que tange a direitos, garantias e também deveres das crianças e adolescentes. Rompendo com a Teoria da situação irregular que fundamentava o antigo Código de Menores, o ECA, adotando a Teoria da Proteção integral, passou a tratar seus destinatários não mais como objetos, mas sim como sujeitos de direito, em total consonância a ordem constitucional, ao mesmo tempo em disciplinou a responsabilização. O ato infracional representa a mesma conduta transgressora prevista no Código Penal, recebendo a denominação diferenciada em razão do agente possuir menos de dezoito anos de idade. As formas de responsabilização são aplicáveis tão-somente aos adolescentes através da aplicação das medidas sócio-educativas previstas no ECA - advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação – sendo aplicadas pela autoridade judiciária da infância e juventude, analisando cada caso isoladamente e respeitando o devido processo legal. De conteúdo eminentemente pedagógico, mas com características sancionatórias, tais medidas em muito de aproximam das figuras das penas previstas no Código Penal, motivo pelo qual existe a necessidade de adoção do Direito Penal Juvenil como uma forma de trazer ao âmbito infracional institutos já existentes no Direito Penal, a exemplo da prescrição. Nos moldes previstos na legislação penal brasileira, a prescrição representa uma forma de extinção da punibilidade, a qual uma vez caracterizada impede o Estado de exercer o poder-dever de punir o indivíduo, apresentando-se nas seguintes modalidades: prescrição da pretensão punitiva, prescrição superveniente, prescrição retroativa e prescrição da pretensão executória. Em razão da ausência de disposição por parte do Estatuto da Criança e do Adolescente e diante da semelhança entre pena e medida sócio-educativa, bem como em face da responsabilidade prevista pelo ECA e baseando-se do Direito Penal Juvenil, necessário se faz analisar a possibilidade da adoção do instituto prescricional nas medidas sócio-educativas, bem como as espécies que seriam compatíveis com tal forma de responsabilização além da maneira em que deve se dar o cálculo prescricional. No que tange à metodologia, o trabalho é teórico, fazendo uso de pesquisa bibliográfica e análise de livros e artigos científicos.

**Palavras-chave:** Prescrição. Medidas sócio-educativas. Direito Penal juvenil.

## ABSTRACT

The law number 8069/90, that established in the Brazilian legal system the Statute of the Child and the Adolescent brought several advances with respect to rights, guarantees and also responsibilities of children and adolescents. Breaking with the theory of irregular situation, that justified the old Code of Minors, the ECA, adopting the theory of integral protection, has treated yours recipients not as objects but as subjects of law, in full accordance to constitutional order, while disciplined the accountability. The infractional act is the same offending conduct that there is in the the Criminal Code, being named differently because the agent has less than eighteen years of age. The forms of accountability are applicable solely to the teens through the application of educational-social measures envisaged in the ECA - warning, the obligation to repair the damage, provide community service, Assisted Freedom, semi liberty and internment – and they are applied by the Judicial Authority of childhood and youth, analyzing each case individually and respecting due process. From contents educational and penalty, such measures are very similar with the penalties provided in the Criminal Code, and because of this it's necessary to adopt the Juvenile Criminal Law as a way of bringing the institutes that are presents in Law Criminal, like the prescription. In the manner prescribed in the Brazilian criminal law, the prescription is a form of extinction of the punishment, which once characterized prevent the State from exercising the power and duty to punish the individual, presenting the following conditions: prescription of punitive pretension, supervening prescription, retroactive prescription and prescription of executive pretension. Due to the absence on the Statute of the Child and the Adolescent, given the similarity between socio-educational measures and penalty, in the face of liability in the ECA and on the basis of juvenile criminal law it's necessary to analyze the possibility of adopting the institute of prescription at educational-social measures and the species that would be compatible with that accountability's form and the way in which it was lead the calculating tolling. Regarding the methodology, the work is theoretical, using literature review and analysis of books and scientific articles.

Infractional act.

**Keyword:** prescription. educational-social measures. Juvenile Criminal Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E SUA RESPONSABILIZAÇÃO</b> .....	11
1.1 Linhas gerais dos fundamentos do ECA: Teoria da Proteção Integral .....	11
1.2 Ato infracional .....	13
1.3 Medidas sócio-educativas em espécie .....	16
1.3.1 Advertência .....	17
1.3.2 Obrigação de reparar o dano .....	19
1.3.3 Prestação de serviços à comunidade .....	22
1.3.4 Liberdade assistida .....	24
1.3.5 Semiliberdade .....	26
1.3.6 Internação .....	27
<b>2 PRESCRIÇÃO PENAL</b> .....	31
2.1 Punibilidade: linhas gerais .....	31
2.2 Prescrição penal: fundamentos e breve histórico .....	32
2.3 Espécies de prescrição .....	36
2.3.1 Prescrição da pretensão punitiva abstrata .....	36
2.3.2 Prescrição da pretensão punitiva retroativa .....	40
2.3.3 Prescrição da pretensão punitiva intercorrente .....	42
2.3.4 Prescrição da pretensão executória .....	43
<b>3 PRESCRIÇÃO NAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS</b> .....	46
3.1 Direito penal juvenil .....	46
3.2 Natureza jurídica da medida sócio-educativa .....	49
3.3 A possibilidade de aplicação da prescrição das medidas sócio-educativas .....	53
3.4 Espécies de prescrição aplicáveis às medidas sócio-educativas .....	60
<b>CONCLUSÃO</b> .....	65
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	68

## INTRODUÇÃO

Há algum tempo doutrina e jurisprudência firmam debate acerca da possibilidade de utilização ou não da prescrição nas medidas sócio-educativas impostas a adolescentes em decorrência da prática do ato infracional, sendo vários os argumentos apresentados pelos defensores e opositores de tal utilização.

Diante da ausência de disposição expressa na legislação que trata da criança e do adolescente, faz-se necessário entender o objetivo que tal instituto pretende e se o mesmo é compatível com o espírito presente no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal.

O trabalho inicialmente identificará os fundamentos do Estatuto da Criança e do Adolescente numa análise crítico-comparativa com a antiga legislação que regia matéria. Em seguida far-se-á uma análise acerca do instituto do ato infracional nos termos da Lei 8.069/90, apresentando seu conceito, origem e fundamentos.

Além disso, proceder-se-á a um exame acerca da responsabilização a que os infratores são submetidos nos termos do ECA, ocasião em que serão analisadas todas as medidas sócio-educativas elencadas no Estatuto, diferenciando-as entre si e apresentando os respectivos hipóteses e critérios exigidos para aplicação, bem como os procedimentos.

No segundo capítulo estudar-se-á de início a punibilidade à luz do Código Penal Brasileiro e sua repercussão do âmbito criminal. Em seguida, examinar-se-á o instituto da prescrição penal como uma das formas de extinção de punibilidade, enfocando-se sua natureza, seus diversos fundamentos e analisando sua evolução histórica.

Trata ainda esse capítulo de estudar as espécies de prescrição penal existente no ordenamento jurídico brasileiro, apontando as respectivas bases legais, formas de cálculo prescricional e identificando as diferenças entre as modalidades.

No último capítulo será feita uma análise das justificativas desfavoráveis e favoráveis à utilização da prescrição no âmbito infracional. Inicialmente, explicar-se-á a figura do chamado Direito Penal Juvenil e as conseqüências que sua adoção trará ao sistema de direitos e garantias dos adolescentes infratores.

Posteriormente, estudar-se-á a natureza jurídica da medida sócio-educativa, tanto no posicionamento dos defensores como dos opositores à prescrição. Já o

estudo da aplicação do instituto prescricional em tais medidas, dar-se-á em seguida, através de um exame comparativo com a legislação penal e de uma análise dos princípios previstos no âmbito constitucional.

Na seqüência, examinar-se-á o posicionamento dos tribunais brasileiros quando do enfrentamento do tema e os fundamentos que levaram a edição da Súmula 338 pelo Superior Tribunal de Justiça. E por fim, analisar-se-ão as espécies de prescrição que podem ser adotadas em sede de medidas sócio-educativas e as respectivas formas de aplicação, enfocando-se a questão do cálculo prescricional.

Com relação à metodologia aqui empregada, o trabalho será teórico, fazendo uso da pesquisa bibliográfica, analisando livros e artigos científicos. No decorrer do texto será usado o formato itálico, reservado para o uso de palavras estrangeiras e referências a termos específicos. Para citar *ipsis literis* as palavras de outrem que não ultrapassem três linhas, serão utilizadas aspas, ao passo que as transcrições com mais de três linhas serão destacadas com recuo de 4 cm de margem esquerda, com a letra uma fonte menor em relação ao restante e sem aspas.

Para realizar as citações bibliográficas optou-se pelo sistema completo, apresentando-se as referências ao final da página em forma de nota de rodapé. Quando a mesma obra for referida imediatamente a anterior, utilizar-se-á o termo *idem* seguido do número da página; se a mesma obra for referida em notas seguintes, mesmo que seja no mesmo capítulo, a referência aparecerá novamente de forma completa. Para todas as citações foram usadas as normas da ABNT. Dessa forma, no presente trabalho serão utilizadas dois tipos de notas de rodapé: as de referências, em relação à bibliografia, e as explicativas, para informações, comentários, indicação de artigos ou leis.

# 1 ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI E SUA RESPONSABILIZAÇÃO

## 1.1 Linhas gerais dos fundamentos do ECA: a Teoria da Proteção Integral

A Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, representa uma inovação no tratamento dado à criança e ao adolescente pelo Estado Brasileiro, tanto do aspecto de direitos e garantias, como também no que concerne aos deveres do Poder Público pra com aqueles. O ECA, fundamentando-se na doutrina da proteção integral, traz em seu conteúdo um rompimento com a chamada doutrina da situação irregular que baseou a legislação anterior que regia a temática, o Código de Menores (Lei nº 6.697/79).

Para Karyna Batista Sposato:

[...] a teoria da situação irregular é fundada numa ideologia tutelar, terapêutica e higienista [...] cuja característica central é compreender o delinqüente com um ser débil, cuja vontade defeituosa se manifesta no delito e através dele [...]. O critério fundamental de punibilidade não é a intenção do sujeito, e sim o perigo que representa para a sociedade<sup>1</sup>.

O Código de Menores de 1979 refletia de forma clara esse entendimento na medida em que as figuras do jovem infrator (delinqüente) e do jovem abandonado eram ditas como única, ou seja, na aplicação das medidas por parte do Estado não existia diferenciação entre tais classes.

Para Etelma Tavares de Souza, o Código de Menores pregava a total responsabilidade da família pelo menor ao mesmo tempo em que o Estado ignorava a origem e a causa da pobreza:

Destarte, a situação irregular era uma inversão no trato social da questão do menor. A miséria era questão jurídica, passível de policiamento da conduta e da vida das famílias empobrecidas. O juiz, ao estabelecer que a família era desclassificada para educar e possibilitar o desenvolvimento de seus filhos, encaminhava os menores para internação, a fim de prevenir ou reeducar os frutos dessas famílias 'desajustadas' e do meio de origem inadequado ao seu desenvolvimento<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> SPOSATO, Karyna Batista. Gato por lebre: a ideologia correcional no estatuto da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 14, n. 58, jan./fev. 2006. p. 133-150

<sup>2</sup> SOUZA, Etelma Tavares de. **Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral**. Disponível em: <[http://www.defensoria.org.br/langs/arquivos\\_multimedia/102.pdf](http://www.defensoria.org.br/langs/arquivos_multimedia/102.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2009.

Dessa forma, cabia à justiça a incumbência de saneamento social, e, por conseguinte, a opção desmedida pela intervenção sobre um indivíduo que se demonstrasse perigoso, mesmo que não houvesse cometido qualquer infração.

De forma oposta à doutrina da situação irregular, a doutrina da proteção integral apresentou uma mudança radical na forma de tratamento dada às crianças e aos adolescentes brasileiros. Essa doutrina, segundo Wilson Donizeti Liberati, já fora consagrada no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual em seu artigo 227 dispõe que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à educação, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>3</sup>.

O ECA, regulamentando o dispositivo supramencionado, veio a consubstanciar aquele mandamento constitucional, qual seja, a prioridade absoluta a tais pessoas em desenvolvimento, mas agora, como sujeitos de direitos, a proteção da criança e do adolescente passou a caber à família, e da mesma forma, também ao Estado e a sociedade como um todo, restando evidenciado o caráter jurídico-garantista daquele estatuto.

Como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana presente da Constituição Federal, o ECA passou a garantir também a crianças e adolescentes, além de obrigações compatíveis com seu estado, direitos fundamentais, no sentido de instrumentalizar e assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social daqueles. Dessa forma, segundo Paulo Verelone, a proteção integral deve ser entendida com direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos, ou seja:

[...] diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força, crianças e adolescentes tem o direito de que os adultos façam coisas em favor delas<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição Federal. **Vade mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 68.

<sup>4</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emilio Garcia (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 18.

Para João Batista da Costa Saraiva, todo sistema de garantias presentes no Direito Penal, determinante para o Estado Democrático de Direito, também passou a ser estendido a crianças e adolescentes, em especial quando da atribuição da prática de ato infracional. Tal autor afirma que em nome da ação protetiva do Estado, presente da doutrina da situação irregular, vários princípios foram esquecidos, vindo tão-somente a ressurgirem com a ideologia da proteção integral<sup>5</sup>.

Ou seja, em processos envolvendo crianças e adolescentes em conflito com a lei, se passou a falar em princípios como o do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, da privação da liberdade como medida excepcional e somente por ordem expressa da autoridade judiciária ou em flagrante, do pleno e formal conhecimento da acusação, dentre outros.

Com o ECA, rompe-se a idéia de proteção ao “menor” em risco (fosse infrator ou abandonado), garantindo-se direitos a todas as crianças e adolescentes, ao mesmo tempo em que passa a ocorrer a desjudicialização dos processos envolvendo carência.

Para Marília Montenegro Pessoa de Mello a doutrina da proteção integral não se limita à proteção e à vigilância dos menores, mas, busca promover e defender todos os direitos de todas as crianças e adolescentes, abrangendo a sobrevivência (vida, saúde, alimentação), o desenvolvimento pessoal e social (educação, cultura, lazer e profissionalização) e a integridade física, psicológica e moral (respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de todas as formas de situação de risco pessoal e social (negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão), ao mesmo tempo em que no campo infracional, prevê às crianças e aos adolescentes as garantias do sistema processual penal<sup>6</sup>.

## *1.2 Ato Infracional*

Com base no art. 27 do Código Penal Brasileiro e no art. 228 da Constituição Federal, são inimputáveis os menores de dezoito anos, entretanto, de acordo com o

---

<sup>5</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **A doutrina da proteção integral**: o princípio do superior interesse e convenção dos direitos da criança e do adolescente: conteúdo e significado. Disponível em: <<http://www.oaang.org/simposio/doutrinaProteIntegral.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

<sup>6</sup> MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Inimputabilidade penal**: adolescentes infratores: punir e (res)socializar. Recife: Nossa Livraria, 2004. p. 85-86.

Estatuto da Criança e do Adolescente, encontram-se sujeitos às medidas previstas no texto da Lei nº 8.069/90.

No sistema jurídico nacional, delitos e contravenções, espécies do gênero infração penal, só podem ser atribuídas, em relação à aplicação de pena, a pessoas que segunda a legislação penal são consideradas imputáveis, via de regra, os maiores de dezoito anos de idade. A idéia, em linhas gerais, é de que aqueles que se encontram aquém daquela faixa etária e que venham a praticar conduta equivalente aquela prevista para crime ou contravenção, terão praticado ato infracional.

Dessa forma, o fato que em tese poderia ser atribuído à criança ou ao adolescente, embora compatível como crime ou convenção, só pela circunstância de sua idade, não constitui crime ou contravenção, mas sim, na linguagem do legislador pátrio, ato infracional. Segundo Napoleão do Amarante, não se cuida de uma ficção, mas de uma entidade jurídica a encerrar a idéia de que também o tratamento a ser deferido ao seu agente é próprio e específico<sup>7</sup>.

Para Sérgio Salomão Schecaria, com o ECA manteve-se a idéia segundo a qual, devido a inexistência de diferença ontológica entre delito e contravenção, ambas as modalidades de infração penal deveriam ser consideradas para a imputação subjetiva ao infrator<sup>8</sup>.

Logo, para o legislador pátrio, para a caracterização do ato infracional, pouco importa se o fato é equivalente a um delito com pena elevada ou equivale a uma contravenção apenada tão somente com multa: praticando ato descrito como fato típico equivalente a delito ou contravenção, independente do *quantum* da pena, terá a criança ou adolescente praticado ato infracional.

Diante da incorporação de princípios oriundos do Direito Penal como o da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade, da responsabilidade objetiva, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, do melhor interesse do adolescente, entre outros, restou caracterizado o surgimento do Direito Penal Juvenil, modalidade especial do Direito Penal, com finalidades que vão desde a configuração do ato infracional em si, passando pela existência de um sistema

---

<sup>7</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 325.

<sup>8</sup> Cf. SHECARIA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 166-168.

especial de tutela de liberdade, até chegar à instrumentalização de parâmetros que garantam a persecução penal juvenil.

Assim, para se falar em responsabilidade por parte do adolescente ou da criança, a Lei nº 8.069/90 prevê a existência de conduta correspondente a fato tipificado como delito ou contravenção, ou seja, exige que ocorra a chamada causa objetiva, necessária para que o sistema seja acionado, ao mesmo tempo em que também exige causas subjetivas, quais sejam, dolo ou culpa.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.069/90, é considerado adolescente aquele indivíduo que possui entre doze e dezoito anos de idade, sendo considerada criança aquele que possui até doze anos de idade.

Serão responsabilizados estatutariamente os adolescentes, cabendo à criança praticante de ato infracional as medidas protetivas previstas no art. 101 do ECA<sup>9</sup>. Inaugura-se, assim, a idéia de que a criança é um ser ainda incapaz de refletir em profundidade o ato cometido, devendo ser, portanto, alvo de medidas de proteção por parte do Poder Público e da sociedade, para que não mais venha a praticar tais condutas.

Dessa forma, pouco importa a gravidade do ato infracional que a criança tenha praticado uma vez que, por força do previsto da Lei nº 8.069/90, ela não será responsabilizada por tal prática, não podendo, em consequência dessa garantia, ser conduzida à delegacia, tampouco ser processada judicialmente, cabendo ao Conselho Tutelar atender tais crianças infratoras, e, não havendo Conselho, tais atribuições serão de competência da autoridade judiciária local (art. 136, I; art. 105 e art. 262, todos do ECA).

Assim, segundo Sérgio Salomão Schecaria, as medidas de proteção não possuem qualquer natureza punitiva, caracterizando-se pela desjudicialização,

---

<sup>9</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 15 out. 2009.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta.

possuindo, portanto, natureza administrativa, podendo ser aplicadas pelo Conselho Tutelar independente de ordem ou processo judicial, com exceção da medida de colocação em família substituta, a qual só poderá ser aplicada mediante ação a ser movida pelo Ministério Público (art. 201, inciso VII, ECA)<sup>10</sup>.

Em relação aos adolescentes infratores, a Lei 8.069/90 prevê que a eles serão aplicadas as chamadas medidas sócio-educativas, elencadas no art. 112 do referido diploma legal – assunto que será explanado no tópico a seguir.

### *1.3 Medidas sócio-educativas em espécie*

Os adolescentes infratores serão de fato responsabilizados pelo ato infracional praticado através da aplicação das chamadas medidas sócio-educativas. Devido a isso, Marília Montenegro Pessoa de Mello entende que, diferentemente do que ocorre com as crianças infratoras, não se pode falar em irresponsabilidade dos atos praticados por adolescente, haja vista que o ECA garante a estes capacidade jurídica para responder pela conduta transgressora praticada<sup>11</sup>.

É minoritária a idéia de que também o Ministério Público, ao lado do Juiz da Infância e da Juventude, pode aplicar a medida sócio-educativa. Os defensores dessa possibilidade se apoiavam do art. 127 do ECA que, explicitando aspectos da aplicação da remissão, dispôs que o próprio representante do Ministério Público poderia “incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e de internação”<sup>12</sup>.

O rol de medidas encontra-s disposto no art. 112<sup>13</sup> do Lei nº 8.069/90 de forma taxativa, em

<sup>10</sup> SHECARIA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 171.

<sup>11</sup> MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Inimputabilidade penal: adolescentes infratores: punir e (re)socializar**. Recife: Nossa Livraria, 2004. p. 89.

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 15 out. 2009.

<sup>13</sup> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

observância ao princípio da legalidade, restando vedado a aplicação de qualquer outra medida não prevista ali.

Acrescente-se ainda que com a edição da Súmula 108 do Superior Tribunal de Justiça, ficou estabelecido que as medidas sócio-educativas somente podem ser aplicadas se respeitado o princípio do contraditório. Dessa forma, salvo remissão<sup>14</sup> (que não é medida sócio-educativa), todas as medidas devem ser aplicadas pelo magistrado.

### 1.3.1 Advertência

Derivado do latim *advertentiva*, o termo advertência significa admoestação, adversão, ato de advertir, encontrando-se tal medida sócio educativa prevista no art. 112, inciso I e art. 115, ambos do ECA.

Para Miguel Moacyr Alves Lima, como técnica de controle social, a medida de advertência:

[...] representa um ato de autoridade e pressupõe que, numa dada relação social, alguém detém a faculdade de se impor a outrem (orientando, inculcando valores, induzindo comportamento etc.), mesmo contra quem ou em relação a quem essa faculdade é exercida<sup>15</sup>.

Assim, a importância de tal medida reside no fato da autoridade competente vir a alertar o adolescente para as conseqüências do ato infracional que praticou, ou seja, na contribuição que exerce para a educação daquele. Por ser a mais branda das medidas previstas, a advertência vem sendo constantemente aplicada a

<sup>14</sup> A remissão prevista no ECA representa uma forma de exclusão, extinção ou suspensão do processo que apura o ato infracional, nos termos no art. 126 do ECA. Com o intuito de se evitar o desgaste necessário que um processo judicial produz na vida do adolescente, através da análise de diversos fatores como personalidade do indivíduo, circunstâncias e gravidade do ato praticado, contexto social do adolescente, dentre outros, a autoridade poderá determinar a remissão. A forma de remissão como exclusão do processo se dá no momento anterior a instauração do procedimento, fazendo com que o *Parquet* não apresente representação em face do infrator, muito embora possa incluí-lo em qualquer uma das medidas protetivas ou sócio-educativas, a exceção da semiliberdade e da internação (art. 127 do ECA). Sendo de competência privativa, ao Órgão Ministerial cabe a concessão de tal remissão e ao magistrado a homologação da mesma (não concordando o juiz, deve remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça – art. 181, § 2º do ECA). Uma vez instaurado o procedimento judicial, a remissão só poderá ser concedida para suspender ou extinguir o processo, sendo a competência para aplicação e concessão da autoridade judiciária, após a oitiva do Ministério Público.

<sup>15</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emilio Garcia (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 371.

adolescentes sem histórico infracional, bem como para os atos infracionais considerados leves, seja quanto à sua natureza ou consequência, a exemplo de lesões leves, furto simples etc.

A advertência é considerada um ato solene, revestido de formalidades legais e que exige, para sua aplicação, a ocorrência de “materialidade e indícios suficientes da autoria”, como dispõe o parágrafo único do art. 114 do ECA. Ou seja, para que se possa determinar a aplicação de tal medida, a autoridade deverá observar a existência de elementos fortemente indicativos quanto a prática infracional, restando excluída dessa forma a advertência baseada tão-somente em “mera suspeita”.

Além disso, o Estatuto determina a realização de uma audiência admonitória, onde deverão estar presentes o Juiz, o representante do Ministério Público, o adolescente e seus pais ou responsáveis. Segundo Wilson Donizeti Liberatti:

[...] nessa audiência, envolta num procedimento ritualístico, será manifestada a coerção da medida, como evidente caráter intimidativo e de censura, devendo-se levar em conta, no entanto, que o adolescente advertido é titular do direito subjetivo à liberdade, ao respeito e à dignidade; e alguém que se apresenta na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, não podendo ser exposto ou submetido a constrangimento ou vexame<sup>16</sup>.

Preocupado com a chamada banalização ou simplificação dada à medida de advertência, Miguel Moacyr Alves de Lima alerta que os efeitos dessa medida serão tão mais graves quanto mais frágil e sensível for a estrutura psicológica e quanto mais problemática for a situação vivenciada pelo adolescente. Defende ele, então, que na aplicação das medidas sócio-educativas de um modo geral, incluindo-se a advertência, devem ser levadas em conta as contribuições da Psicologia Evolutiva e Educacional no que tange às peculiaridades do adolescente como pessoa em desenvolvimento:

[...] do ponto de vista da Psicologia Evolutiva, a adolescência é ‘um período crítico de definição de identidade do eu cujas repercussões podem ser de graves consequências para o indivíduo e a sociedade [...] uma fase de mudanças significativas na fixação do caráter e na afirmação da personalidade do indivíduo’. [...] Além disso a adolescência é uma fase evolutiva de grandes utopias que, no geral, tendem a tornar mais problemática a relação do adolescente com o ambiente social, porquanto sua pauta de valores e sua visão crítica

---

<sup>16</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e ato infracional: medida sócio-educativa é pena? 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 103

da realidade, ora intuitiva ou reflexiva, acabam destoando da chamada ordem instituída<sup>17</sup>.

Já à luz da Psicologia Educacional, Miguel Moacyr Alves Lima entende que há a necessidade de se considerar que a adolescência corresponde a um desenvolvimento da capacidade intelectual, sendo as experiências concretas do indivíduo fundamentais para lhe fornecer os materiais necessários à compreensão da realidade bem como as condições favoráveis à absorção de novos conhecimentos. Dando enfoque as contribuições supracitadas, conclui ele então:

[...] que o caráter pedagógico deve estar implícito no caráter sócio-educativo das medidas aplicáveis a adolescentes infratores, como a advertência, sob pena de enfatizarmos o aspecto repressivo/opressivo que as medidas contem implicitamente<sup>18</sup>.

Questão interessante é que diz respeito à necessidade ou não de sindicância ou procedimento contraditório para aplicação da medida de advertência. Paulo Lúcio Nogueira defende a total dispensa daqueles procedimentos, entendendo ele que tão-somente o boletim de ocorrência elaborado pela autoridade policial é bastante para que a autoridade judiciária ou o Ministério Público aplique a advertência<sup>19</sup>.

Contrário a tal posicionamento, Miguel Moacyr Alves entende que não se pode falar na dispensa do procedimento contraditório como regra, muito embora possa a advertência vir a ser aplicada no primeiro contato com o sistema da Infância e Juventude, na audiência de apresentação ao órgão do Ministério Público, tratando-se essa última hipótese de uma exceção. Além disso, segundo, conceber a possibilidade de aplicação da advertência independentemente de prova de materialidade vai de encontro ao espírito garantista do Estatuto uma vez que não estar-se-ia respeitando os direitos fundamentais dos destinatários do ECA<sup>20</sup>.

### 1.3.2 Obrigação de reparar o dano

A obrigação de reparar o dano, disposta no inciso II do artigo 112 do ECA, é cabível sempre que o ato infracional tiver resultados na esfera patrimonial. O Código

<sup>17</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 373.

<sup>18</sup> Idem, p. 373-374.

<sup>19</sup> Idem, p. 376.

<sup>20</sup> Idem, p. 377.

Civil Brasileiro dispõe em seu artigo 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Pode-se afirmar que o responsabilizado pelo dano, será aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187 do CC), causar dano a outrem, ficando obrigado a repará-lo, conforme prescreve o art. 927, do CC.

O dever de indenizar tem como pressupostos: a existência de ação ou omissão do agente, nexos de causalidade entre tais condutas e o prejuízo sofrido pela vítima, além da ocorrência de culpa do agente. Assim sob a ótica do Direito Civil, deve-se atentar para as conseqüências do ato infracional com o intuito de verificar a existência de dano, fruto daquela prática, a ser indenizado (recomposição patrimonial).

Às crianças infratoras não são aplicadas medidas sócio-educativas. Dessa forma na hipótese de virem a praticar ato infracional, a reparação pelo suposto prejuízo patrimonial será arcado de forma exclusiva pelos seus pais, ou então, curador ou tutor. Tal fórmula de responsabilidade civil também ocorrerá quando a conduta infracional for proveniente de adolescente com menos de dezesseis anos de idade (art. 932, I e II do CC), não obstante possa a autoridade competente aplicar-lhe outra medida sócio-educativa.

Já no que concerne a danos decorrentes de condutas de adolescentes infratores maiores de dezesseis anos, estes responderão solidariamente com seus pais, tutor ou curador pela reparação devida (art. 180 c/c 932, incisos I e II do CC) em face do ato infracional praticado.

Para Miguel Moacyr Alves Lima, a medida de obrigação de reparar o dano:

[...] favorece para a vítima a recuperação das perdas, e propiciando que, imediatamente, o adolescente perceba os efeitos sociais e econômicos dos seus atos, aguçando-lhe o sentido de seus direitos e deveres. Trata-se, então, de aproveitar ‘os reflexos patrimoniais’ do ato praticado pelo adolescente para nele desenvolver ou estimular o desenvolvimento de trações positivas do seu caráter<sup>21</sup>.

Marília Montenegro Pessoa de Mello salienta que:

[...] esta medida deve objetivar que o adolescente compreenda os efeitos dos seus atos e em especial do prejuízo que causou a

---

<sup>21</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 379.

terceiros, pois a simples composição de danos entre o prejudicado e os pais do adolescentes não atende à finalidade primordial da medida que é a educação. [...] É necessário que o adolescente participe da reparação do dano [...] e que ao reparar o dano ele sinta 'que pagou pelo que fez'<sup>22</sup>.

Coadunando com tal posicionamento, Wilson Donizeti Liberati firma o entendimento de que essa medida tem caráter personalíssimo e intransferível, devendo o adolescente ser o responsável exclusivo pela reparação do dano, devendo com isso, intensificar os cuidados necessários para não mais causar prejuízo a outrem<sup>23</sup>.

A primeira forma de reparação é a restituição da coisa, na hipótese de privação, subtração, esbulho ou usurpação de um bem que era vítima, desde que não tenha ocorrido a perda ou perecimento da coisa. Já no ressarcimento do dano, não é mais possível a devolução do bem; assim, as partes envolvidas (adolescente e vítima) o substituirão, via acordo, por uma determina quantia em dinheiro – tal transação deverá abranger tanto danos materiais quanto morais, havendo a necessidade de homologação pela autoridade judiciária, fazendo com que tal acordo passe a ter força de título executivo. A terceira e última forma de reparação do dano é compensação por qualquer meio, através da qual, desde que impossível as formas anteriormente explicadas, infrator e vítima acordarão qual a melhor maneira de reparação do dano, sendo, portanto, a mais liberal das formas.

Ponto interessante acerca da medida de obrigação de reparar o dano é a hipótese de ressarcimento quando o prejuízo é reflexo, ou seja, indireto, sobre o patrimônio da vítima. Miguel Moacyr Alves de Lima exemplifica essa possibilidade com o “fato de alguém, pela dor decorrente de uma injúria grave, deixar de cumprir uma tarefa ou atividade que lhe proporcionaria vantagem econômica, como a participação em um conclave cultural ou esportivo, mediante pagamento”<sup>24</sup>. Entende ele que o importante, com base no espírito do ECA, é que a vítima tenha de fato sofrido prejuízo na esfera econômica. Uma vez constatada essa, a medida deve ser aplicada ao infrator.

---

<sup>22</sup> MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Inimputabilidade penal: adolescentes infratores: punir e (res)socializar**. Recife: Nossa Livraria, 2004. p. 100.

<sup>23</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida sócio-educativa é pena?** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 105.

<sup>24</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 379-380.

No que diz respeito a competência para a aplicação da medida existem, dois são os posicionamentos. Paulo Lúcio Nogueira se posiciona no sentido de que “a medida de obrigação de reparar o dano deve ser imposta em procedimento contraditório, pois cabe ao adolescente fazer a sua defesa devidamente assistido por advogado”<sup>25</sup>. Também é esse o entendimento de Wilson Donizeti Liberati:

[...] caracterizada pela coerção e pelo processo educativo que desencadeia nas partes envolvidas, a medida de obrigação de reparar o dano será imposta um procedimento contraditório, onde serão assegurados ao adolescente os direitos constitucionais da ampla defesa, da igualdade processual, da presunção de inocência etc., inclusive, com a imprescindível assistência técnica de Advogado<sup>26</sup>.

De forma contrária, Miguel Moacyr Alves Lima, baseando-se do princípio da desjudicialização, sustenta a tese de que “tal medida poderá ser aplicada na fase pré-processual, pelo órgão do Ministério Público, conjugada com a concessão de remissão, ou pela autoridade judiciária ao sentenciar”<sup>27</sup>.

### 1.3.3 Prestação de serviços à comunidade

Prevista no inciso II do artigo 117 da Lei nº 8.069/90, a prestação de serviços à comunidade:

Consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais<sup>28</sup>.

Sendo que, de acordo com o parágrafo único do artigo supra:

As tarefas serão atribuídas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Dentre as entidades nas quais o jovem infrator prestará serviços estão excluídas aquelas com fins lucrativos, devendo a prestação ser efetuada em

<sup>25</sup> Idem, p. 380.

<sup>26</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: medida sócio-educativa é pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 105.

<sup>27</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 381.

<sup>28</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 15 out. 2009.

entidades assistências governamentais ou não governamentais, restando proibidas tarefas que possam colocar o adolescente em situação vexatória ou pôr a saúde do mesmo em risco.

Para Roberto Bergalli:

[...] a prestação de serviços à comunidade tem um sentido altamente educativo, particularmente orientado a obrigar o adolescente a tomar consciência dos valores que supõem a solidariedade social praticada em seus níveis mais expressivos. Assistir aos desvalidos, aos enfermos, aos educandos é tarefa que impõe a confrontação com o *alter* coletivo, de modo que possa demonstrar-se uma confiança recíproca<sup>29</sup>.

O aprendizado de valores e compromissos sociais, provenientes da medida em tela e que são passados ao jovem infrator, fazem com que a prestação de serviços venha a ser considerada como medida de excelência tanto para o adolescente infrator quanto para a comunidade, a medida que esta, de certa forma, também responsabilizar-se-á pelo desenvolvimento do adolescente.

A contemporaneidade da prestação de serviços à comunidade é manifesta em razão de se sobrepor a medidas de privação de liberdade, como a internação, considerada falida e ineficaz. Além da necessidade de cultivação de valores, o jovem infrator também necessita do exercício prático da cidadania

Muito embora deva ser uma medida que reflita ônus para o adolescente infrator, o trabalho desenvolvido pelo jovem deve ser obrigatoriamente gratuito, ou seja, não pode caracterizar uma relação empregatícia, não havendo que se falar conseqüentemente em remuneração pelo trabalho. Da mesma maneira, a prestação de serviços à comunidade não pode ser proposta contra a vontade do jovem, sob pena de caracterizar-se como trabalho forçado e obrigatório (art. 112, §2º do ECA).

Sérgio Salomão Checaira entende que:

[...] se bem aplicada a prestação de serviços, ela induz no adolescente infrator a idéia de responsabilidade, de apego às normas comunitárias, de respeito pelo trabalho, bem como produz na comunidade uma sensação de obediência às regras, que é fundamental para a confiança coletiva. Enfim, atende aos interesses da prevenção geral positiva<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 385.

<sup>30</sup> SHECARIA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 199.

Maria Aparecida Pereira Martins aponta os principais passos a serem seguidos quando da operacionalização da prestação de serviços a comunidade. Os programas de tal medida devem ser estruturados nos municípios, preferencialmente junto ao programa de liberdade assistida, através de parceria com o Judiciário e o Órgão Executor da Política de Atendimento à Criança e ao Adolescente no município<sup>31</sup>.

#### 1.3.4 Liberdade Assistida

A exemplo da prestação de serviços à comunidade, a medida sócio-educativa de liberdade assistida, disciplinada nos artigos 117 e 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apresenta-se como uma alternativa à privação de liberdade e à chamada institucionalização do infrator. Em linhas gerais, trata-se de uma medida através da qual o Estado impõe um acompanhamento do infrator em suas atividades sociais, no seu cotidiano (escola, família, etc.)

Na visão de Elias Carranza, a idéia de “assistida” não deve ser entendida no sentido de ser o adolescente objeto de vigilância e controle, devendo o jovem ser visto como sujeito livre e em desenvolvimento, requerendo, dessa forma, apoio ou assistência no exercício de sua liberdade, para se desenvolver à plenitude. Tendo como objetivo não só evitar que o adolescente venha novamente a ser objeto de ação estatal, a liberdade assistida tem como finalidade promover o apoio ao adolescente no sentido de construção de um projeto de vida. É nesse ponto que o papel do orientador ganha destaque, uma vez que, acordando com o jovem e prestando-lhe a assistência necessária, ambos traçarão o novo caminho a ser seguido pelo educando<sup>32</sup>.

É justamente nesse acordo que a medida tem sua principal característica observada de forma clara, uma vez que, respeitado o direito de optar do adolescente na escolha de seu projeto de vida, garante-se a liberdade, a qual, sendo bem exercida, atuará como o principal elemento socializador. Para que essa medida

---

<sup>31</sup> MARTINS, Maria Aparecida Pereira. **Manual de orientação para medidas sócio-educativas não privativas de liberdade**. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/manual\\_prestacao\\_de\\_servicos\\_a\\_comunidade.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/manual_prestacao_de_servicos_a_comunidade.pdf)> Acesso em: 30 jul. 2009.

<sup>32</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 389-390.

obtenha seu melhor resultado, qual seja a ressocialização do infrator, é de suma importância observar além da especialização, o valor do pessoal ou entidade que serão os responsáveis pelo acompanhamento do adolescente. Isso se faz necessário porque serão os técnicos (orientadores sociais) ou as entidades uma forma de instrumento para que a medida seja de fato efetivada.

Ou seja, através de estudo de caso, organização técnica da aplicação, designação de agente capaz para acompanhamento, dentre outras, aqueles profissionais é que irão traçar, em conjunto com o adolescente, o caminho para que a medida de liberdade assistida alcance seu objetivo, tudo sob a supervisão do Juiz da Infância e da Juventude.

Sobre o orientador que acompanhará o adolescente infrator, Ana Maria Gonçalves Freitas entende que:

[...] a pessoa que o fará deverá ser capacitada para tanto, com formação na área de Humanidades, podendo pertencer ao quadro de servidores do Juizado (onde a estrutura judiciária o permitir [...]) ou recrutada através de entidade ou programa de atendimento (§1º)<sup>33</sup>.

Pode ser, portanto, um assistente social, pedagogo, psicólogo, enfim, qualquer pessoa que tenha formação adequada nesse sentido, uma vez que terá a função de verdadeiro educador.

Segundo o ECA, ao orientador caberá: promover socialmente o adolescente e a sua família, fornecendo orientação e, caso seja necessário, inserir-lhes em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; supervisionar a frequência e o aproveitamento do infrator, cabendo-lhe, inclusive, efetivar a matrícula do mesmo; diligenciar no sentido de profissionalização do adolescente e sua inserção no mercado de trabalho, e por fim, apresentar relatório sobre o caso à autoridade judiciária.

Objetivando o fortalecimento dos laços de solidariedade comunitária, o legislador previu que o orientador deve apoiar a cooperação oferecida por programas sociais e organização da comunidade como igrejas, clubes, sociedade de fomento, etc., quando da promoção social do adolescente infrator.

Wilson Donizeti Liberati destaca que:

[...] o Estatuto não define, especificamente, as condições que deverão ser cumpridas pelo adolescente. Essa tarefa cabe à autoridade judiciária, que individualizará as atividades, de acordo

---

<sup>33</sup> Idem, p. 389.

com a capacidade do adolescente. Essas prescrições poderão abranger as relações de trabalho e escola, bem como as de ordem familiar; poderá haver, também a proibição de freqüentar determinados ambientes<sup>34</sup>.

No que tange à matrícula e freqüência escolar esses deveres encontram fundamento no fato de que a principal deficiência que os jovens infratores possuem é a baixa ou nula escolaridade, condição negativa que reduz as possibilidades de ingresso no mercado de trabalho e de inserção social, aumentando sua vulnerabilidade à prática de novos atos infracionais. Já no que concerne à profissionalização, ao orientador cabe a cooperação para que o jovem se habilite profissionalmente para que consiga inserção do mercado em condições igualitárias, ajudando-o a evitar condições de trabalho abusivas e exploratórias.

### 1.3.5 Regime de semiliberdade

O regime de semiliberdade, disciplinado no art. 120 do ECA, caracteriza-se pela privação parcial da liberdade do infrator, sendo, entretanto, menos restritiva do que a internação, haja vista que nela o infrator recolher-se à instituição especializada durante a noite e, sempre que possível, freqüentará a escola ou atividade profissionalizante pelo dia. Trata-se, portanto, de uma medida intermediária entre a internação e as demais medidas (todas de meio aberto).

Wilson Donizeti Liberati descreve que a dinâmica dessa medida se constitui em dois momentos distintos:

[...] em execução de atividades externas na relação de trabalho e escola, durante o dia, mantendo uma ampla relação com os serviços e programas sociais e de formação; em acompanhamento com o orientador e/ou técnicos sociais durante o período noturno, quando o adolescente deverá recolher-se à entidade de atendimento. Nessa oportunidade, os técnicos acompanharão o desenvolvimento do adolescente e informarão ao Juiz o progresso e as dificuldades durante a execução da medida<sup>35</sup>.

A medida de semiliberdade pode ser imposta de duas maneiras: a primeira, após apurado o ato infracional por meio do devido processo legal, sendo determinado desde o início pela autoridade judiciária e a segunda, que é determinada pela progressão da regime de internação.

---

<sup>34</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: medida sócio-educativa é pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 111.

<sup>35</sup> Idem, p. 112.

Essa progressão corresponde a uma transição para o “meio aberto”, e se dá naqueles casos em que o infrator recebera originariamente a medida de internação, entretanto, após detectar evolução em seu comportamento, no seu desenvolvimento social, bem como na aquiescência de valores, a autoridade judiciária e o Ministério Público entendem que ele não mais merece ter sua liberdade totalmente restrita, ocasião em que passará o adolescente para a semiliberdade.

Como forma de progressão, a importância do regime de semiliberdade reside, portanto, no fato de que a inserção social se dá de forma gradativa. Sérgio Salomão Schecaira entende que:

A semiliberdade será uma espécie de teste ao adolescente que pretende avançar no processo de civilização. Neste regime intermediário, não há a total privação do contato com os familiares, amigos e colegas, de tal sorte que os inconvenientes do encarceramento são minimizados. Pondere-se que, para alguém que esteja em peculiar estágio de desenvolvimento de sua personalidade, os fatores deletérios do cárcere têm uma consequência muito mais acentuada do que aquela comum ao mundo adulto<sup>36</sup>.

A exemplo da liberdade assistida, a semiliberdade apresenta dificuldades quanto a fixação de limites e regras a serem seguidas durante a execução, não tendo o Estatuto, inclusive, fixado tempo de duração da medida, sugerindo a Lei 8.069/90, entretanto, que sejam aplicadas às disposições referentes à medida de internação (art. 120, § 2º do ECA).

### 1.3.6 Internação

A medida de internação, disposta no artigos 121 e 122 do ECA, é a mais grave e complexa dentre as medidas que podem ser aplicadas ao adolescente infrator, uma vez que nela há uma grande limitação (restrição) à liberdade do jovem, sendo, em face dos efeitos negativos que a privação de liberdade traz, sujeita aos princípios da excepcionalidade e brevidade.

Muito embora não haja previsão legal acerca de um período certo o qual a internação deva ser ficada, à luz do princípio da brevidade, entende-se que tal medida deva ser cumprida pelo menor tempo possível. O limite a ser respeitado pela autoridade judiciária quando da aplicação da internação é o prazo mínimo de seis

---

<sup>36</sup> SHECARIA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 204.

meses – muito embora não haja prazo mínimo expresso, por conta da previsão de reavaliação a cada seis meses, entende-se ser este o prazo mínimo – e prazo máximo de três anos, conforme se depreende da redação dos incisos segundo e terceiro do art. 121 do ECA.

A exceção ao limite supramencionado é o caso da chamada internação-sanção que consiste na aplicação da medida de internação, pela autoridade judiciária, após o descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta, possuindo limite máximo de três meses.

A título exemplificativo, tenha-se que determinado adolescente tenha cometido o ato infracional correspondente a tráfico de entorpecentes e a autoridade judiciária aplicou-lhe a medida de semiliberdade, entretanto, o sujeito não cumpriu tal medida, não tendo mais voltado à instituição especializada. Diante de tal descumprimento, pode a autoridade, portanto, aplicar-lhe a internação-sanção.

Emílio Garcia Mendez afirma que o “caráter indeterminado da privação de liberdade estabelecido no § 2º não deve ser confundido, com o caráter indeterminado das sentenças no velho Direito tutelar, que trazia risco para os menores”<sup>37</sup>.

Tal entendimento é confirmado por Antônio Carlos Gomes da Costa:

[...] o fato de a medida privativa de liberdade não comportar prazo determinado, prevista a sua reavaliação, no máximo, a cada seis meses, insere, no processo sócio-educativo, o mecanismo de reciprocidade, fazendo com que o seu tempo de duração passe a guardar uma correlação direta com a conduta do educando e com a capacidade por ele demonstrada de responder à abordagem sócio-educativa<sup>38</sup>.

Partindo-se da concepção de que a privação da liberdade não figura como boa ação socializadora e com base no princípio da excepcionalidade, entende-se que a internação deve ser aplicada diante da falha na aplicação das demais medidas sócio-educativas ou se estas não forem viáveis no caso concreto, podendo-se, dessa forma, falar na idéia de subsidiaridade.

A medida de internação consoante dispõe os incisos I e II do art. 122 da Lei 8.069/90 apenas deve ser aplicada para os casos de atos infracionais considerados graves, entendidos como aqueles cometidos mediante grave ameaça ou violência à

---

<sup>37</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 400.

<sup>38</sup> Idem, p. 401.

pessoa, bem como nos casos de reiteração no cometimento de outras infrações graves. Para que possa se falar em medida de internação, além da natureza e gravidade da infração deve-se observar também as condições psicológicas do adolescente, de modo que se conclua que o afastamento temporário do convívio social, além de representar um risco para a sociedade, também será a melhor forma de ressocializá-lo.

Na vigência do antigo Código de Menores entendia-se que a internação teria um caráter curativo, ou seja, com a idéia de que o desvio de conduta seria proveniente de uma patologia, que deveria ser tratada de forma terapêutica a fim de reverter o “potencial criminógeno” do adolescente, defendia-se a cura do infrator via internação em estabelecimento psicopedagógico, hospitalar ou psiquiátrico.

Muito embora o Estatuto da Criança e do Adolescente afaste totalmente a concepção anteriormente explanada, observa-se que tal idéia ainda se encontra arraigada em nosso sistema de forma indireta, principalmente, no que diz respeito à execução da medida de internação.

Não são raras as rebeliões nas unidades educacionais espalhadas pelo Brasil pertencentes às mais diversas entidades públicas assistenciais (FUNASE em Pernambuco, Fundação CASA em São Paulo, FASE no Rio Grande do Sul, FUNCAP no Pará, etc.), nas quais os adolescentes infratores submetidos à internação se rebelam em razão do modo pelo qual tal medida é executada, em muito se assemelhando com a reclusão prevista no Código Penal.

Wilson Donizete Liberati acrescenta que “na prática, as internações são cumpridas e executadas dentro um modelo antigo, inadequado, impróprio, onde são desenvolvidos “programas” que não se preocupam com a integração do jovem em sua família e em sua comunidade”<sup>39</sup>.

As condições para que haja a possibilidade de aplicação de internação são taxativas, dessa forma, para que tal medida restritiva de liberdade possa ser decretada ao adolescente é necessário que o ato infracional tenha sido cometido mediante grave ameaça ou mediante violência à pessoa.

Guilherme de Souza Nucci afirma que o termo violência deve ser entendido como qualquer forma de constrangimento de ordem física em face da pessoa humana, entretanto, entende que a “violência, na essência, é qualquer modo de

---

<sup>39</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: medida sócio-educativa é pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 117.

constrangimento ou força, que pode ser física ou moral”<sup>40</sup>. Ocorre que o legislador pátrio teria optado por designar a “violência moral” de grave ameaça, separando-o do conceito clássico de violência, esta considerada, então, como a física.

A segunda condição para aplicação da medida de internação se dá no caso de reiteração no cometimento de outras infrações graves. Ou seja, já tendo o adolescente infrator cometido outros atos infracionais de natureza grave, e recebido qualquer medida sócio-educativa em virtude disso, na hipótese de voltar a praticar outra infração também grave, concluir-se-á que medida originária não cumpriu seu papel de ressocialização, razão pela qual deve o jovem receber a medida mais grave.

Em ambos os casos, a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação, por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração (ECA, art. 123).

Diante da possibilidade da responsabilização dos adolescentes, como foi demonstrado durante todo o capítulo, faz-se necessário pensar na possibilidade na aplicação do instituto da prescrição para tais medidas sócio-educativas. Porém antes de examinar tal questão e para um melhor entendimento de tal assunto, torna-se necessário enfrentar e analisar a figura do instituto prescricional à luz do Direito Penal Brasileiro.

---

<sup>40</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8 ed. rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 723.

## 2 PRESCRIÇÃO PENAL

### 2.1 Punibilidade: Linhas gerais

O Estado é o único detentor do direito de punir (*jus puniendi*) cabendo a ele o poder e o dever de exigir dos indivíduos que não transgridam as normas penais, em outras palavras, que realizem condutas caracterizadoras de infrações penais previstas nas normas de natureza criminal. Quando o cidadão, não obedecendo tais preceitos, comete uma infração penal, aquele direito de punir, até então dito como abstrato, passa a ser concreto, cabendo ao Estado, baseando-se nas normas existentes, cominar uma sanção àquele indivíduo.

Tendo-se iniciado a ação penal e ocorrendo o trânsito em julgado da sentença condenatória (imposição de determinada pena), o Estado passa a possuir os poderes de executar a sanção imposta pela autoridade judiciária, começando a existir então o denominado *jus executionis*.

Damásio Evangelista de Jesus leciona que:

[...] com a prática do delito, surge a relação jurídico-punitiva, de natureza concreta (direito de punir concreto), estabelecida entre o Estado e o delinqüente, que se denomina punibilidade. Ela é, na lição de Antolisei, a possibilidade jurídica de imposição da sanção pena<sup>41</sup>.

Para que tal relação seja instaurada necessário se faz necessário a presença das chamadas condições objetivas de punibilidade, entendidas como condições que se encontram fora da conduta delituosa em si, ou seja, não inseridas no elemento subjetivo, estando, em regra, fora do tipo penal, atuando como condicionante da aplicação concreta da pena.

Luiz Régis Prado sintetiza o papel das condições objetivas de punibilidade:

[...] a presença ou não das condições de punibilidade é indiferente para a consumação do crime. Consuma-se, pois o delito independentemente do advento da condição. Todavia, não se verificando a condição objetiva de punibilidade, o delito não será punível, nem sequer como tentado. Como decorrência lógica, tampouco a participação poderá ser punida, em razão da não satisfação da condição de punibilidade exigível pelo delito<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3.

<sup>42</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: Parte geral, arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 767.

Entretanto, depois da realização da ação ou omissão típica, antijurídica e culpável, podem vir a ocorrer causas que exterminem a possibilidade jurídica de imposição ou execução da sanção penal correspondente – são as chamadas causas de extinção de punibilidade – em linhas gerais, ocorre o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em face de determinados óbices legalmente previstos. Tais causas estão previstas no art. 107 do Código Penal Brasileiro, dentre elas a prescrição.

Definida como “a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo”<sup>43</sup>, a prescrição figura com uma das mais comuns causas de extinção de punibilidade.

## *2.2 Prescrição penal: fundamentos e breve histórico*

Afirmam os doutrinadores que o instituto da prescrição teria surgido no Direito Romano no que tange à ação penal, possuindo como finalidade que os processos penais não se postergassem anos a fio. Além disso:

[...] quanto às ações penais privadas de origem pretoriana, prescreviam em um ano, *Actio Iniuriarum*. Posteriormente, várias alterações nos prazos prescricionais se sucederam na legislação romana. Sobre o assunto, asseveram os doutrinadores clássicos, “que a prescrição não foi admitida pelo Direito Romano, ao menos para as penas públicas”. Ela, no entanto, o foi, e seu prazo foi fixado em 30 anos por nossa antiga legislação. A legislação intermediária de 1791 e de Brumário no século IV a admite, fixando em 20 anos o prazo para as condenações criminosas, omitindo a regra em matéria correcional e de polícia<sup>44</sup>.

Ainda analisando a obra “Dos delitos e das penas”, observa-se que Beccaria defende a chamada redução do tempo do processo e bem como do tempo da prescrição, defendendo que se evite a procrastinação de ambos caso se queira que o castigo (pena) venha a ser realmente útil para os agentes transgressores e de certa maneira para o meio social como um todo.

---

<sup>43</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 20.

<sup>44</sup> ALFRADIQUE, Eliana. **Prescrição penal e a atualidade de sua aplicação**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto601\(2\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto601(2).rtf)>. Acesso em: 10 mar. 2009.

Para tanto, diferencia os crimes em duas espécies: os atrozes (como o homicídio) e os menos hediondos, afirmando que nos primeiros o processo deveria ser mais curto, ao passo que a prescrição deveria ser mais prolongada, e, de maneira inversa, na segunda espécie de delitos, a prescrição deveria ser reduzida, uma vez que, nesses últimos, por se tratarem de crimes menos consideráveis, uma suposta impunidade seria menos perigosa para a sociedade:

[...] toda pena, que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos<sup>45</sup>.

A doutrina enumera os chamados fundamentos da prescrição tomando por base não só a legislação penal brasileira, como também a própria Constituição Federal, além dos chamados fundamentos políticos os quais indo além da pura análise nas normas jurídicas.

O primeiro fundamento é o decurso do tempo, também chamado de teoria do esquecimento. Como afirma Giulio Battaglini, a prescrição “cessa a exigência de uma reação contra o delito, presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelo menos a atenua ou a enfraquece”<sup>46</sup>. Assim sendo, da mesma forma que o anseio da sociedade, tendo origem no impacto que determinada infração penal causa, é que aciona a intervenção estatal na repressão de condutas transgressoras, uma vez decorrido determinado lapso temporal (a variar conforme a gravidade da prática) sem que o Estado tenha agido efetivamente a reprimir aquela conduta, tal anseio social desaparecerá paulatinamente, vindo a ocasionar a ausência do interesse que fez valer a pretensão punitiva.

Outro fundamento apontado é que o decurso de tempo leva à recuperação do transgressor. O transcurso de determinado tempo, aliado à inércia do Estado, faria com que a pena perdesse a sua função e conseqüentemente não haveria mais

<sup>45</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 28-29.

<sup>46</sup> BATTAGLINI, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1, 10. ed, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 875.

que se falar em sua aplicação. Imagine-se, por exemplo, alguém que cometeu o delito de tentativa de roubo vindo a ser punido vinte anos depois da prática criminosa, fere a coerência e o bom senso aplicar qualquer sanção a tal indivíduo.

No caso de condenação, faz-se importante, para um melhor entendimento desse fundamento, a análise da chamada reincidência. Dentro do longo lapso de tempo transcorrido, sem ter o suspeito ou réu praticado qualquer infração delitiva, claro está indicado que, por si próprio, tal agente teve a capacidade de alcançar o objetivo da pena, qual seja a sua readaptação social. Entretanto, dentro o agente voltado a delinquir, restará interrompida a prescrição executória, consoante expresse disposição do art. 117, inciso VI, do Código Penal.

O terceiro fundamento é que o Estado deve arcar com sua inércia. A prescrição seria, uma sanção, uma castigo à inércia do Estado, uma vez que, segundo Cezar Roberto Bitencourt:

[...] é inaceitável a situação de alguém, que, tendo cometido um delito, fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva. Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não-observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu. A prestação jurisdicional tardia, salvo em crimes de maior gravidade, não atinge o fim da jurisdição: a justiça<sup>47</sup>.

O decurso de tempo enfraquece o suporte das provas: lastreia-se na idéia de que o decurso do tempo provoca a perda das provas, tornando quase impossível realizar um julgamento justo muito tempo depois da consumação do delito, haveria, portanto, uma maior chance de erro judiciário.

Guilherme de Souza Nucci explana o fundamento que se baseia na teoria psicológica: “funda-se na idéia de que, com o decurso de tempo, o criminoso altera o seu modo de pensar, tornando-se pessoa diversa daquela que cometeu a infração penal, motivando a não aplicação da pena”<sup>48</sup>.

Numa breve análise do nosso ordenamento jurídico observa-se uma evidente evolução do instituto da prescrição penal. Observa-se isto quando se toma como exemplo o fato de que o Código Penal de 1835 dispunha acerca da

---

<sup>47</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 876.

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. rev. atual e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 538.

imprescritibilidade da condenação: “Art. 65. As penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum”<sup>49</sup>.

Mais adiante, a Lei n.º 261 versou pela primeira vez sobre a prescrição, a qual em seu artigo 32 previa ser de 20 (vinte) anos o prazo prescricional para os delitos afiançáveis, ausente o sujeito do Império, ou dentro dele, porém em local incerto. Já o art. 33 tratava das infrações inafiançáveis: o prazo era de 20 anos, para o réu ausente, mas em lugar conhecido dentro do Império – não correndo a prescrição acaso o agente do delito estivesse em localidade não sabida ou fora do território imperial. A respeito da obrigação de indenizar, o art. 36 regulou a prescrição, cujo prazo seria de trinta anos contado da data da prática do crime.

O Decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890, instituiu, em nosso País, a prescrição da condenação, cujos prazos eram dispostos no art. 4.º. Numa exposição para o Mestrado em Direito Penal José Francisco Cagliari mostrou que o aludido regulamento preocupou-se com a contagem do prazo para a prescrição da condenação, ao estabelecer:

[...] o termo inicial [...] era a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou a data em que, por qualquer modo, fosse interrompida a execução da pena já iniciada. Acrescentou, ainda, que a prisão do condenado interrompia o curso do prazo prescricional e, no parágrafo único, dispôs que, na hipótese de evadir-se o condenado, a prescrição recomeçava a correr da data da fuga<sup>50</sup>.

O Código Penal de 1890 atribuiu para a prescrição natureza extintiva da ação penal, podendo ora ser da própria ação ora da condenação. Já o Código de 1940 fala em prescrição antes de transitar em julgado a sentença penal e prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória, da forma na qual se conhece hoje<sup>51</sup>.

Na atual legislação brasileira, a prescritibilidade apresenta-se como decorrência lógica dos valores expressos na Constituição Federal, consoante leciona Mariângela Gama de Magalhães:

---

<sup>49</sup> BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1560.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2009.

<sup>50</sup> CAGLIARI, José Francisco. *apud* KOENER JÚNIOR, Rolf. **Prescrição penal**. Publicado em 10/05/2001. Disponível em: <<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5220.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

<sup>51</sup> JÚNIOR, Rolf Koerner. **Prescrição penal**. Disponível em: <<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5220.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2009.

[...] se da Carta Política pode ser apreendida a finalidade da pena e também orientações quanto a imprescritibilidade de que as condenações criminais encontrem-se justificadas por provas inequívocas, decorre daquele texto a ineficácia e os riscos de se admitir, por ilimitado espaço temporal, a possibilidade de ter início determinada ação penal. [...] A prescrição existe, justamente, para impedir que o processo penal dure indefinidamente. O Poder Judiciário e o órgão do Ministério Público, sabendo que se ficarem inertes farão com que o Estado perca o direito de punir o cidadão, tendem a agir com maior celeridade – o que, além de abreviar o constrangimento de quem se encontra submetido ao processo penal, também atende com maior efetividade os imperativos de justiça e de prevenção geral e especial<sup>52</sup>.

Esse efeito decorrente da prescrição, por sua vez, está de acordo, também com a garantia recém inserida de forma expressa no texto constitucional que diz respeito à necessidade de que o processo tenha um tempo de duração razoável (art. 5º, LXXVIII da CF), ou seja, que não se arraste pelo tempo e com isso gere as danosas conseqüências acima referidas. Se a prescrição para que o Judiciário não reste inerte, apresenta-se também como um meio de propiciar o atendimento à garantia de razoabilidade da durações dos processos<sup>53</sup>.

## 2.3 Espécies de prescrição

### 2.3.1 Prescrição da pretensão punitiva abstrata

O Estado, titular do poder-dever de punir, exerce tal prerrogativa que lhe é conferida através da ação penal, a qual possui como objeto direto a exigência de julgamento da própria pretensão punitiva e por objeto mediato a aplicação da sanção penal. O transcorrer de determinado lapso de tempo sem que tal poder-dever seja posto em exercício, terá como conseqüência a extinção da punibilidade, e dessa forma, não poderá o Estado atingir os dois aqueles objetos<sup>54</sup>.

Tendo ocorrido determinado delito, o Poder Judiciário terá determinado lapso temporal para apreciar a lide; não o fazendo dentro desse tempo, perderá a

---

<sup>52</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Suspensão do prazo prescricional no art. 366 do CPP e suas limitações constitucionais: crítica ao RE 460.971-1/RS. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, volume 15, n. 68, 2008 p. 355.

<sup>53</sup> Idem.

<sup>54</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 27.

pretensão punitiva<sup>55</sup>. Todavia, não é só a atividade jurisdicional que se encontra submetida ao instituto da prescrição, haja vista que também o início da fase persecutória criminal, bem como o exercício do direito de ação, possui limite de tempo para serem iniciadas. Ou seja, transcorrido determinado tempo, nem a autoridade policial poderá instaurar o inquérito policial, nem o órgão do Ministério Público poderá oferecer denúncia.

A incidência da prescrição da pretensão punitiva impede a apreciação do mérito da imputação, ou seja, na hipótese de determinado indivíduo ter cometido um crime, deverá o verificar se ao tempo do recebimento da denúncia tal prescrição já teria ocorrido – em caso positivo, não poderá adentrar no mérito da ação, ou seja, não condenará ou absolverá o réu – devendo tão-somente encerrar a ação penal com fulcro da extinção da punibilidade. Da mesma forma, não poderá o Ministério Público oferecer denúncia, nem o ofendido oferecer queixa-crime, nem o Autoridade Policial iniciar inquérito policial, quando verificar já transcorrido o lapso prescricional.

Os prazos para prescrição serão determinados de acordo com o quantum da pena abstrata ou concreta, ou seja, o que deve ser observado para o cálculo prescricional o máximo da pena punitiva de liberdade cominada em abstrato (art. 109, caput, CP).

Máximo da pena privativa de liberdade	Prazo Prescricional
Mais de 12 anos	20 anos
Entre 8 e 12 anos	16 anos
Entre 4 e 8 anos	12 anos
Entre 2 e 4 anos	8 anos
Entre 1 e 2 anos	4 anos
Menos de 1 ano	2 anos

Tabela n. 01 – Prazos prescricionais da pretensão punitiva<sup>56</sup>.

Imagine-se, por exemplo, o indivíduo ter cometido o delito de homicídio simples (art. 121, caput do CP), ao qual a nossa legislação penal dita uma pena que varia entre seis e vinte de anos de reclusão. Para saber o prazo de prescrição da pretensão punitiva abstrata deve-se levar em conta o máximo, cominado, qual seja,

<sup>55</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 28.

<sup>56</sup> Idem,,p. 35.

vinte anos, e em seguida encaixar tal pena dentre as hipóteses presentes no artigo 109 do CP. Dessa forma, chegar-se-á ao prazo prescricional de vinte anos, ou seja, será esse o prazo para que o Estado exerça a sua pretensão punitiva.

No cômputo do prazo prescricional, o dia do começo será incluído por inteiro na contagem, independentemente do horário em que tenha ocorrido a infração penal. Além disso, os anos serão computados pelo calendário comum, qual seja, o calendário gregoriano, conforme explica Damázio de Jesus: “Os anos devem ser contados de acordo com o seguinte princípio: apanha-se o dia do começo do prazo, vai-se ao mesmo dia, do mês, do ano subsequente, terminando às 24 horas do dia anterior”<sup>57</sup>.

Imagine-se um delito de lesão corporal leve, praticado às 20 horas do dia 02.01.2007. O máximo da pena privativa de liberdade em abstrato é de 1 (um) ano, o que resultará no prazo prescricional de quatro anos (art, 109, inciso V do CP). Dessa forma a pretensão punitiva do Estado extinguir-se-á a partir das 24 horas do dia 01.01.2001.

Cezar Roberto Bitencourt ensina que antes do enquadramento da pena em abstrato em algumas das hipóteses do art. 109, deve-se verificar a ocorrência de alguma causa modificadora do prazo prescricional: majorantes ou minorantes obrigatórias (exceto as referentes ao concurso formal próprio e ao crime consumado) e menoridade ou velhice.

Para esse autor, em razão da prescrição regular interesse de ordem pública, tratando-se de majorante deve-se considerar o fator que mais aumente, ao passo que se tratando de minorante considerar-se-á o fator que menos diminua a pena. Já nos casos de delitos cometidos por indivíduos que ao tempo do crime eram menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos, serão reduzidos pela metade o prazo prescricional, em razão de disposição expressa do artigo 115 do Código Penal<sup>58</sup>.

Assim, na hipótese de um jovem de 20 anos de idade cometer o delito de estupro, o prazo prescricional que, a princípio seria de dezesseis anos (art. 102, II), na verdade será reduzido à metade, o que resultará num prazo de oito anos, em razão da causa modificadora prevista do art. 115 do CP.

---

<sup>57</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39.

<sup>58</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, volume 1, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 878.

No caso de concurso material, no qual o agente mediante mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais delitos tendo sua punição imposta pela soma das penas privativas de liberdade em que haja incorrido<sup>59</sup>, as penas não são somadas pra fim de prescrição da pretensão punitiva, ou seja, são levados em conta os termos iniciais próprios de cada crime, cada um com seu respectivo prazo prescricional<sup>60</sup>.

Já no concurso formal, no qual o sujeito com uma única ação ou omissão provoca dois ou mais resultados típicos sendo punido pela pena mais grave, ou uma dela, se idênticas, aumentada de um sexto até a metade<sup>61</sup>, para efeitos de prescrição da pretensão punitiva, cada delito preserva sua autonomia, não se computando dessa forma a causa de aumento de pena anteriormente mencionada<sup>62</sup>.

Por fim no que tange ao crime continuado, o qual, tomando por base Guilherme de Souza Nucci, pode ser entendido como aquele em que o agente através de mais de uma ação ou omissão executa dois ou mais delitos da mesma espécie, com condições de tempo, lugar, maneira de execução semelhante, criando-se uma suposição de que os subseqüentes são uma continuação do primeiro<sup>63</sup>, a regra é a mesma da do concurso formal: o prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena detentiva de cada delito, considerado individual e separadamente, não se computando o acréscimo do artigo 71 do CP.

O artigo 108, 1ª parte do Código Penal, apresenta duas regras a respeito da prescrição da pretensão punitiva referente ao delito complexo. A primeira dela diz respeito a hipótese em que um crime funciona como elemento típico de outro. Segundo Damásio de Jesus, nessa hipótese:

[...] uma figura típica, de menor gravidade, integra, como elementar, a descrição de outra, de menor gravidade, e razão disso, a eventual prescrição do crime menor não alcança a pretensão estatal emergente da prática da infração maior<sup>64</sup>.

A segunda regra é referente ao caso em que um crime funciona como circunstância qualificadora de outro, não vindo a prescrição no tocante ao crime que participa do tipo como qualificadora a alcançar o delito maior.

<sup>59</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, 8 ed. rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 437.

<sup>60</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 66.

<sup>61</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.* p.438.

<sup>62</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. p. 67.

<sup>63</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *op. cit.* p. 441.

<sup>64</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. p. 69.

Por fim, nos crimes conexos, a pena de cada infração regula o prazo prescricional respectivo, considerada isoladamente.

Quando se tratar de pena de multa, duas são as possibilidades. Tratando-se de multa cumulada com outra pena privativa de liberdade, esta regulará o prazo prescricional, ao passo que, sendo multa a única pena imposta, o prazo prescricional será de dois anos, em virtude do disposto no art. 114, 1ª parte do Código Penal<sup>65</sup>.

### 2.3.2 Prescrição da pretensão punitiva retroativa

A prescrição da pretensão punitiva retroativa decorre de disposição expressa do Código Penal Brasileiro dispõe nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 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.

§2º A prescrição, de que trato o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa<sup>66</sup>.

Essa espécie de prescrição é baseada na pena aplicada na sentença, contra a qual não houve recurso da acusação ou este foi improvido, levando-se em conta prazos anteriores à própria sentença.

Dessa forma, tendo ocorrido o trânsito em julgado para a acusação ou improvido seu recurso, deve-se observar a pena que fora determinada na sentença condenatória, encaixando tal quantum numa das possibilidades presentes no art. 109 do CP. Em seguida, tendo sido encontrado o lapso temporal, encaixa-se este prazo entre dois pólos: a data da consumação do crime e o recebimento da denúncia ou queixa ou a data do recebimento da denúncia ou queixa e a da publicação da sentença condenatória.

Sabe-se que o delito de lesões corporais leve, levando-se em conta a pena em abstrato (1 ano), prescreve em 4 anos. Entretanto, se o juiz aplicar a pena de 6 meses, da qual não recorre o Ministério Público, ou seu recurso é julgado improcedente, aquele *quantum* é o que será utilizado para a contagem do prazo prescricional, o qual cairá para apenas 2 anos.

<sup>65</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 74.

<sup>66</sup> BRASIL. Código Penal. **Vade mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 558.

É simples a diferença entre a prescrição da pretensão punitiva abstrata e a retroativa: na segunda, o Estado, de certa maneira, exerce o *jus punitionis* haja vista que há uma sentença condenatória é proferida, entretanto esse *jus punitionis* não pode ser considerado de forma absoluta, em decorrência de ter havido a trânsito em julgado daquela sentença ou então o recurso da acusação ter sido improvido. Em ambos os casos, resta esgotado a chance de modificação daquela decisão originária, que de fato, foi o instrumento utilizado pelo Estado para exercer o seu poder-dever. Pela prescrição retroativa o quantum da pena previsto nessa sentença irrecorrível será a base para o cálculo do prazo prescricional e não mais a pena máxima cominada ao delito (pena *in abstracto*).

Dessa forma tendo a sentença sido publicada, vindo em seguida a tornar-se irrecorrível, a partir daquele momento que fora publicada começará a ser contado o lapso prescricional, com base na pena determinada naquela decisão, o qual retroagirá, ou seja, será contado para trás.

Da mesma maneira que na prescrição da pretensão punitiva abstrata, na prescrição retroativa também são computados as causas de aumento e diminuição de pena, agravantes e atenuantes. E não poderia ser diferente uma vez que o juiz ao proferir a sentença condenatória deve levá-las em consideração, sendo a pena in concreto fruto da incidência de tais circunstâncias.

Hipótese interessante é a que diz respeito à consideração do prazo prescricional retroativo entre a data do recebimento da denúncia e a do acórdão confirmatório da sentença condenatória ou que reduzia a pena. Tendo o réu sido condenado em primeira instância, ele interpõe recurso de apelação, vindo Tribunal *ad quem* a reduzir a pena. Segundo Damásio de Jesus:

[...] o prazo da prescrição retroativa, regulado pela pena reduzida (não pela pena imposta na sentença), só pode ser contado entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre a desta e a da publicação da sentença condenatória, vedada a data do acórdão como termo final. O fundamento está em que a sentença condenatória constitui causa interruptiva da prescrição (art. 117, V, do CP). O mesmo ocorre quando o Tribunal mantém a pena imposta em primeira instância<sup>67</sup>.

Ressalte-se ainda que de acordo com a legislação penal brasileira a prescrição retroativa não pode ser declarada em primeira instância. Essa

---

<sup>67</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 156.

modalidade de prescrição possui como pressuposto a existência de uma sentença penal condenatória, na qual, por óbvio, o juiz julgou procedente a acusação que era feito ao réu. Logo não poderia esse mesmo juiz que proferir nova decisão que viesse a declarar extinta a punibilidade do agente, uma vez que estaria reformando a sua própria decisão.

### 2.3.3 Prescrição da prescrição punitiva intercorrente

Da mesma forma que a prescrição retroativa, a intercorrente também tem por base a pena *in concreto*, ou seja, a pena estabelecida na sentença. Também é pressuposto dessa modalidade que tenha ocorrido trânsito em julgado para a acusação ou que o seu recurso tenha sido improvido. Entretanto, a extinção de punibilidade na intercorrente ocorrerá entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado desta, ou seja, ocorrerá para período posterior à sentença.

Imagine-se a hipótese de um réu ter sido condenado a 11 (onze) meses de reclusão com sentença transitada em julgado para a acusação e vindo a interpor recurso de apelação que somente será julgado 3 (anos) anos e meio depois da publicação da sentença condenatória. Nesse caso, restará configurada a prescrição intercorrente, uma vez que com base naqueles onze meses, encaixados no inciso VI do artigo 109, verificar-se-á que o prazo prescricional do delito será de 1 ano, ou seja, quando do julgamento do recurso a punibilidade do agente já tinha sido extinta pela prescrição.

A primeira condição de ocorrência da prescrição intercorrente é que tenha transitado em julgado a sentença condenatória para a acusação. Para Damásio de Jesus:

[...] o recurso impeditivo do princípio prescricional é o apelo da acusação que visa à agravação da pena privativa de liberdade. De modo que não impede a prescrição a apelação que, deixando de buscar o agravamento da pena detentiva, vise, v.g. a cassação de sursi, a imposição de medida de segurança, agravação de pena de multa etc<sup>68</sup>.

Por outro lado, tendo havido recurso da acusação objetivando o agravamento da pena, o prazo prescricional da pretensão punitiva começará a ser

---

<sup>68</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 51.

contado a partir da publicação da sentença condenatória, sendo regulado pela pena abstrata.

#### 2.3.4 Prescrição da pretensão executória

Com o advento do trânsito em julgado da sentença, o estado ultrapassa a fase do chamado *jus puniendi* para adentrar no campo no *jus executionis*, ou seja, passa a exercer o seu poder-dever de executar a pena que fora imposta ao transgressor, em outras palavras, concretiza a pena. A chamada prescrição da pretensão executória age nesse campo: transcorrido determinado lapso de tempo sem que o Estado tenha exercido esse poder-dever de por em prática a pena, perderá tal prerrogativa, extinguindo-se dessa forma a punibilidade do sujeito.

O prazo prescricional dessa espécie varia de acordo com a quantidade da pena imposta pelo Juiz na sentença condenatória, independentemente da espécie de pena que for aplicada. Na hipótese de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a transcurso de tempo prescricional será regulado pela primeira espécie punitiva (art. 109, parágrafo único do CP).

O prazo inicial da prescrição da pretensão executória pode ser o dia do trânsito em julgado da sentença condenatória, a data que transita em julgado a decisão revocatória no caso de livramento condicional ou do sursis revogado ou no dia em que se interrompe a execução da pena, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

O trânsito em julgado, marco para o início do prazo prescricional, diz respeito à acusação, ou seja, a data inicial para a contagem do prazo é a do dia do trânsito em julgado para a acusação, desde que também tenha transitado em julgado para a defesa.

O prazo prescricional da pretensão executória não corre durante o sursis e o livramento condicional. A explicação é simples: por se tratarem de formas de execução da pena imposta, não há que se falar em inércia do Estado em concretizar a pena, diferentemente da hipótese em que mesmo havendo sentença o réu nunca chega a cumprir a pena, já que o Estado demonstra estar agindo de forma a garantir o cumprimento da penalidade. Em linhas gerais, suspensão condicional da pena (*sursi*) pode ser entendida como um instituto de política criminal através do qual suspende-se a execução de pena privativa de liberdade, evitando-se que o

condenado seja recolhido ao cárcere, desde que não reincidente, e que a pena imposta não seja superior a dois anos, tudo isso sob determinadas condições fixadas pelo juiz<sup>69</sup>.

Já o livramento condicional visa a diminuição do tempo de prisão através da concessão antecipada e provisória da liberdade do condenado, desde que cumprida certo *quantum* da pena privativa de liberdade, além de que o mesmo preencha determinados requisitos e aceite outras condições que lhe serão impostas<sup>70</sup>.

Em ambos os institutos observa-se que o Estado encontra-se alerta para que o efeito da pena imposta seja de fato cumprido, tanto o é que assegura aos transgressores que, dentre de certas previsões legais, tal cumprimento seja de certa forma abrandado, o que não quer dizer que o mesmo tenha deixado de exercer o seu *jus executionis*. Na hipótese de revogação de *sursi* ou de livramento condicional, iniciar-se-á na data do trânsito em julgado da decisão revocatória o prazo prescricional, o qual será regulado pela quantidade da pena suspensa (*sursi*) ou pelo restante (livramento condicional).

Da mesma forma na hipótese de interrupção da execução em decorrência de fuga do condenado, a partir desta data terá início o prazo prescricional da pretensão executória, o qual será regulado pelo restante da pena que falta ser cumprida.

Já quando a execução interrompe-se pela superveniência de doença mental ou internação do condenado em hospital, aplica-se o princípio da detração penal, não correndo o prazo prescricional da pretensão executória. Com a superveniência de doença mental ao condenado, sua pena será convertida em medida de segurança, a qual, entretanto, não poderá se dar por tempo indeterminado.

Tal concepção é fruto da extinção, em 1984, no ordenamento penal brasileiro do sistema do duplo binário, que determinava a aplicação cumulativa e sucessiva de pena e medida de segurança. Se o réu é condenado é porque foi considerado imputável ao tempo do delito, vindo a receber em consequência uma pena por tempo determinado e não uma pena a ser cumprida pelo resto de seus dias<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 470.

<sup>70</sup> Idem, p. 484.

<sup>71</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 97.

Segunda a regra do art. 144, segunda parte, do Código Penal, a prescrição opera-se em dois anos tanto quando a pena de multa for a única imposta tanto quando for a que ainda não foi cumprida (nesse último caso houve cumulação de penas). No tocante a tal pena pecuniária, o prazo prescricional não corre durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, vindo tão-somente a iniciar-se após o cumprimento daquela.

Questão importante é a que diz respeito ao prazo da prescrição da pretensão, uma vez que este será regulado conforme os lapsos fixados pelo art. 109, cabendo o acréscimo de um terço no cálculo, desde que a reincidência seja reconhecida na sentença condenatória. É inaplicável tal aumento no prazo prescricional no caso de multa, quando esta é a única aplicada, uma vez que o disposto no artigo 114 é taxativo: trata apenas das previsões do artigo 109. Além disso o prazo de tal modalidade de pena encontra-se previsto no art. 114, inciso I, qual seja, 2 (dois) anos.

### 3 A PRESCRIÇÃO NAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

#### 3.1 *Direito penal juvenil*

Alguns doutrinadores defendem a existência no ordenamento jurídico brasileiro de um chamado Direito Penal Juvenil, o qual teria como objeto o adolescente e a sua responsabilização em face da prática de ato infracional, regido pelos princípios que norteia o Direito Penal.

Muito embora tenham a Constituição Federal e o Código Penal Brasileiro disposto acerca da inimputabilidade dos indivíduos menores de dezoito anos, a mesma Carta Magna não determinou uma total irresponsabilidade do adolescente quando do desvio de conduta (ato infracional)<sup>72</sup>, tanto o é que os sujeitou à legislação especial, qual seja, a Lei nº 8.69/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Dessa forma, não resta dúvida de que à luz do Código Penal ao adolescente jamais pode ser imposta qualquer nas penas ali previstas, entretanto, sob a égide do ECA, o jovem responderá pela sua prática infracional. Antônio Fernando do Amaral e Silva entende que “não se confundindo imputabilidade e responsabilidade, tem-se que os adolescentes respondem frente ao Estatuto respectivo, porquanto são imputáveis diante daquela lei”<sup>73</sup>.

Defendendo tal posicionamento, João Batista Costa Saraiva leciona que:

[...] o Direito Penal Juvenil está ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, e seu esclarecimento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a Lei<sup>74</sup>.

Em síntese, busca-se estender aos jovens infratores as garantias e direitos inerentes à pessoa humana e que, na área criminal, são fundamentais aos transgressores uma vez que serve de limite do poder que o Estado possui durante o chamando controle social quando da ocorrência de desvio de conduta, não sendo

<sup>72</sup> BRASIL. Constituição Federal. **Vade mecum**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 68.

Art. 228 da Constituição Federal: São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

<sup>73</sup> SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. **O mito da inimputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5220.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

<sup>74</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 88.

outra a conclusão senão a de que, por força do princípio da igualdade, devem ser aplicados também aos adolescentes infratores.

Esse posicionamento coaduna-se, devendo ao mesmo tempo ser entendido como decorrência, da adoção da Doutrina da Proteção Integral. Conforme se explanou anteriormente, com o surgimento do ECA a criança e o adolescente deixaram de ser tão-somente objeto da ação estatal, passando a ser sujeitos de direitos e deveres. E entres esses direitos se encontram aqueles previstos no área penal.

José Batista da Costa Saraiva atenta para os efeitos que a negação do Direito Penal Juvenil pode causar ao defender que

[...] a não admissão de um sistema penal juvenil, de natureza sacionatória, significa apego aos antigos dogmas do menorismo, que não reconhecia do 'menor' a condição de sujeito. Ou significa um discurso de abolicionismo penal. Na questão do menorismo, o discurso tem sido de operação com os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém com a lógica da Doutrina da situação Irregular. Na outra hipótese, será imaginar de que apenas o debate sociológico poderá equacionar a questão da responsabilidade juvenil<sup>75</sup>.

No mesmo sentido, Luigi Ferraioli:

*[...] el terreno privilegiado de este enfoque garantista del derecho da la infancia resulta naturalmente el de la respuesta de las infracciones penales cometidas por adolescentes. El paradigma escogido, como La señala Mary Beloff, há sido el Del derecho penal mínimo, que resulta incomparablemente menos gravoso y más respetuoso Del adolescente que el viejo sistema 'pedagógico' de lãs llamadas 'sanciones blandas' impuesta informal, y de hecho, arbitrariamente. [...] Em outras palavras, um derecho penal juvenil dotado de lãs mismas garantías que ele derecho penal de adultos pero menos severo, tanto en La tipificación de los delitos cuanto em La cantidad y calidad de lãs sanciones. Todo ello, sobre La base Del principio claramente expressado por Mary Beloff, en ele sentido de que La intervención punitiva em La vida de los jóvenes deve ser limitada lo más posible, pero existir, cuando necessário, com La observância de todas garantías legales<sup>76</sup>.*

Assim, somente poder-se-ia falar em medida sócio-educativa se ao adolescente estiver sendo atribuída a prática de uma conduta típica, mas não somente isso, devendo-se observar outros institutos oriundos do Direito Penal.

<sup>75</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 90.

<sup>76</sup> FERRAIOLI, *apud* SARAIVA, João Batista Costa. *op. cit.* p. 91-92

No entender de José Batista Costa Saraiva, além de típica, a conduta transgressora praticada pelo adolescente precisa ser antijurídica, ou seja, não pode ter sido praticada sob o manto de qualquer das causas excludentes de ilicitude<sup>77</sup> previstas no art. 23 do Código Penal, quais sejam: exercício regular de direito, estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal. Portanto, tendo agido o adolescente nas hipóteses das causas justificantes, mesmo que tenha praticado um fato típico, terá de ser absolvido, consoante dispõe o artigo 189, inciso III, do ECA, uma vez que não estará configurado o ato infracional<sup>78</sup>.

João Batista Costa Saraiva também entende que:

Excluído o pressuposto da culpabilidade do ponto de vista da imputabilidade penal, os demais elementos da culpabilidade não de ser considerados. Assim há que se ter em vista, quando o Estado pretenda sancionar o adolescente com alguma medida sócio-educativa, sua potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, circunstâncias que levam à reprovabilidade da conduta<sup>79</sup>.

Logo, não haverá ato infracional tampouco medida sócio-educativa a ser aplicada quando houver na conduta do adolescente: erro inevitável sobre a ilicitude de fato (artigo 21 do CP); erro inevitável a respeito de discriminante putativa (art. 29, § 1º, do Código Penal); obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, segunda parte, do CP) e ainda a inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, primeira parte, do CP).

Ao se admitir o Direito Penal Juvenil, estar-se-á garantindo aos adolescentes garantias previstas aos adultos que cometem delitos, em outras palavras, passar-se-á a falar, por exemplo, em tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, presunção de inocência e proporcionalidade como elementos necessários para que o adolescente venha a ser responsabilizado pela suas condutas.

---

<sup>77</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 90. O autor Luiz Prado as define como: “particulares situações diante das quais em fato, que de outro modo seria delituoso, não o é porque a lei o impõe ou co consente. [...] As causas justificantes tem implícita uma norma permissiva ou autorizante que, ao interferir nas normais proibitivas ou preceptivas, faz com que a conduta proibida ou a não-realização da conduta ordenada seja lícita ou conforme ao Direito”. PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120. 5 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 394.

<sup>78</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem da responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003. p. 77.

<sup>79</sup> Idem, p.78

### 3.2 Natureza jurídica da medida sócio-educativa

Questão que vem sendo alvo de vários debates por parte da doutrina é aquele referente à natureza jurídica da medida sócio-educativa, sendo o ponto principal da discussão a pergunta: medida sócio-educativa pode ser considerada pena? Não resta dúvida de que a medida sócio-educativa possui finalidade pedagógica, haja vista que, como o próprio nome diz, possuía a finalidade de além de socializar também educar o jovem infrator, com o intuito de que não mais volte a praticar a conduta transgressora. Entretanto, são tão somente de natureza pedagógica?

Eugenio Raul Zaffaroni entende que

[...] as medidas que se aplicam aos menores que realizam condutas típicas não são penas. A pena tem por objetivo a prevenção especial, como meio de prover a tutela dos bens jurídicos. De sua parte, o direito penal do menor pretende tutelar, em primeiro lugar, o próprio menor. O direito penal do menor pretende ter caráter tutelar porque o menor é um ser humano em inferioridade de condições [...] trata-se, pois, de um direito que aspira ser formador do homem<sup>80</sup>.

Em sentido oposto, Antônio Fernando do Amaral e Silva defende que “embora de caráter predominantemente pedagógico, as medidas sócio-educativas, pertencendo ao gênero ‘penas’, não passam de sanções impostas aos jovens”<sup>81</sup>.

Coadunando com tal posicionamento, José Batista Costa Saraiva leciona que:

[...] como traço fundante da sanção jurídica, tem-se a ameaça de um castigo, e ninguém pode ignorar que o recolhimento compulsório a uma unidade de internamento, por melhor proposta educacional que encerre, tem caráter punitivo. Demais, o traço que distingue a sanção jurídica de outras técnicas de controle social e exatamente o caráter de reprovação institucionalizada pelo Estado<sup>82</sup>.

Parece que maior razão cabe aos defensores da idéia de serem as medidas sócio-educativas espécies de sanção. Não obstante haja a necessidade de tais

<sup>80</sup> ZAFFARONI, *apud* WEINGARTNER NETO, Jayme; TEIXEIRA, Daiana Pereira. **Entre o estatuto da criança e do adolescente e o código penal**: por uma negociação de fronteiras, navegando pela prescrição da medida sócio-educativa. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/2506.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

<sup>81</sup> SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. **O mito da inimputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5220.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

<sup>82</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 66.

medidas, quando de sua aplicação, levarem em consideração as necessidades do infrator, não se pode negar que as mesmas também refletem a necessidade da própria sociedade em face do caráter de controle social que possuem, consoante se depreende da análise do art. 17 da Regra de Beijing<sup>83</sup>.

Joubert Farley Eger chega a defender que no ordenamento jurídico brasileiro pode-se falar numa divisão tricotômica da infração penal qual incluiria além dos crimes e contravenções, os atos infracionais disciplinados no artigo 103 do ECA, acrescentando que:

[...] o fato de uma pena ou medida visar o ideal pedagógico ou repressivo não descaracteriza a essência do preceito que é integrante, ou seja, se a sanção imposta agrega carga imediata pedagógica e mediata retributiva não a destituirá de sua natureza penal que a sua causa (momento preceptivo) lhe origina[...]. Não é por menos que as penas alternativas ou substitutivas – artigo 43 do Código Penal<sup>84</sup> – concebidos nos delineamentos do Direito Penal Mínimo veio colher outras cargas e funções da pena, a prevenção e ressocialização do que a simples e brusca repressão<sup>85</sup>.

Não há como negar o caráter pedagógico da medida sócio-educativa, haja vista que seu objetivo principal é reeducar o adolescente infrator da melhor maneira possível, em face da característica de pessoa em desenvolvimento que aquele possui, fazendo com que aquele venha a perceber a prejudicialidade intrínseca a

<sup>83</sup> **Regras de Beijing.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex47.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm)> 17. Princípios norteadores da decisão judicial o das medidas

17.1 A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios: a) a resposta à infração será sempre proporcional não só às circunstâncias e à gravidade da infração, mas também às circunstâncias e às necessidades do jovem, assim como às necessidades da sociedade; b) as restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível; c) não será imposta a privação de liberdade pessoal a não ser que o jovem tenha praticado ato grave, envolvendo violência contra outra pessoa ou por reincidência no cometimento de outras infrações sérias, e a menos que não haja outra medida apropriada; d) o bem-estar do jovem será o fator preponderante no exame dos casos.

17.2 A pena capital não será imposta por qualquer crime cometido por jovens.

17.3 Os jovens não serão submetidos a penas corporais.

17.4 A autoridade competente poderá suspender o processo em qualquer tempo.

<sup>84</sup> BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 15 out. 2009.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.

<sup>85</sup> EGER, Joubert Farley. **Nova classificação da infração penal no atual sistema criminal brasileiro e o aplacamento da controvérsia de aplicação do instituto prescricional.** Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/2513.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

conduta transgressora praticada, levando-o à busca de melhores caminhos no futuro. Em síntese, há de ser reconhecido o caráter preventivo, educacional, protetivo e assistencialista que tais medidas possuem.

Entretanto, deve-se atentar para o fato de a medida sócio-educativa ao mesmo tempo em que possui natureza pedagógica, também possui natureza retributiva-preventiva, possuindo força de coercibilidade. Galdino Augusto Coelho Bordallo explica que

[...] o Estado Juiz, ao julgar procedente a representação, impõe ao adolescente infrator o cumprimento de uma medida sócio-educativa. Sendo imposta a medida, o adolescente deverá cumpri-la. O Estado não irá verificar se o adolescente tem a vontade cumprir a medida e qual tipo; irá impor aquela que melhor se adequar ao caso concreto. A vontade do adolescente não é, em momento algum, verificada, mas, contrário, senso, terá que se submeter à vontade estatal. É o mesmo sistema que adota o Direito Penal Comum. Impossível negar querer negar-se. Impossível querer negar-se que com a aplicação de medida sócio-educativa o Estado está punindo o adolescente em virtude de ter ele praticado um ilícito<sup>86</sup>.

No mesmo sentido, Mário Volpi afirma que as medidas sócio-educativas

[...] comportam aspectos de natureza coercitiva, vez que são punitivas aos infratores, e aspectos educativos no sentido da proteção integral e oportunização e do acesso a formação, sendo que, em cada medida, esses elementos apresentam graduação, de acordo com a gravidade do delito cometido e/ou sua reiteração<sup>87</sup>.

Dessa forma, por mais branda que determinada medida possa ser, resta evidenciado que o Estado, ao aplicá-la, está ao mesmo tempo censurando e repreendendo a conduta infracional do jovem, não obstante busque a ressocialização do mesmo. Em outras palavras, resta caracterizada o caráter de sanção na medida sócio-educativa, caráter esse também presente nas penas previstas no Código Penal Brasileiro.

Em síntese, tanto as penas do CP quando as medidas sócio-educativas do ECA, possuindo ambas natureza sancionatória, encontram-se incluídas nos mecanismos de que o Estado se disponibiliza para o controle social. Como leciona Luis Alberto Warat, “toda sociedade controla mediante gratificações e punições o

<sup>86</sup> BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. A prescrição da pretensão socioeducativa. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 22, jul./dez. 2005. p.81-103.

<sup>87</sup> VOLPI, *apud* LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: medida sócio-educativa é pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 101.

comportamento de seus membros para conseguir que realizem as condutas socialmente desejadas e evitem as negativamente valoradas”<sup>88</sup>.

Karyna Batista Sposato defende que

[...] a medida sócio-educativa tem natureza penal, uma vez que representa o exercício do poder coercitivo do Estado e implica necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. De uma perspectiva estrutural qualitativa não difere das penas. Isto porque cumpre o mesmo papel de controle social formalizado que a pena possuindo mesmas finalidade e conteúdo<sup>89</sup>.

A principal conseqüência da aceitação da natureza sancionatória existente na medida sócio-educativa é a transposição dos princípios e garantias oriundos do Direito Penal para o Direito Infracional, ou seja, estabelece-se uma limitação ao poder de controle social inerente ao Estado quando da aplicação e execução da medida.

Dessa forma, o adolescente, de fato, volta a ser sujeitos de direitos consoante dispõe a Teoria da Proteção Integral – fundamento da Lei 8.069/90 – ao passo que, negar essa natureza punitiva, significa conceber o adolescente tão-somente como objeto da atuação estatal, o que representa um retrocesso à chamada Teoria da Situação Irregular.

Merece destaque o ensinamento de Afonso Konzen:

[...] as considerações sobre os significados material e instrumental da medida socioeducativa permitem, à guisa de conclusão, identificar a sua natureza jurídica. Ou seja, em solução à questão geral, no sentido de se saber o que é medida socioeducativa, percebe-se a presença de uma resposta estatal de cunho aflitivo para o destinatário, ao mesmo tempo em que se pretende, com a incidência de técnicas da pedagogia, a adequada re (inserção) social e familiar do autor de ato infracional. Assim, se a medida socioeducativa tem características essenciais não uniformes, pode-se concluir pela complexidade de sua natureza jurídica. A substância é penal. A finalidade deve ser pedagógica<sup>90</sup>.

Assim, observa-se que a medida sócio-educativa se utiliza da sanção como elemento socializador, até de certa forma pedagógico, quando, de mão desse elemento aflitivo, busca fazer com que o infrator tome consciência de sua conduta

<sup>88</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 66.

<sup>89</sup> SPOSATO, Karyna Batista. Gato por lebre: a ideologia correcional no estatuto da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 14, n. 58, p. 133-150. jan./fev. 2006.

<sup>90</sup> KONZEN, apud SARAIVA, João Batista Costa. *op. cit.* p.69.

transgressora, respondendo pelo ato infracional, para que não mais venha a praticá-lo.

José Batista Costa Saraiva alerta que o Direito da Infância e Juventude não pode ser estudado de forma autônoma ao sistema de garantias constitucionais. Para ele quando se aplica determinada sanção estar-se diante de uma ação penal do Estado. Dessa forma

[...] a sanção penal tem como um de seus fundamentos centrais a idéia de prevenção [...]. Nesse aspecto, insere-se a medida socioeducativa, a par de seu caráter restaurador (ou instaurador) da condição de cidadania do adolescente que se fez vitimizador, haja vista ser inegável seu conteúdo de defesa social, tanto que autoriza a privação de liberdade do adolescente, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, visando não apenas à garantia da segurança pessoal do adolescente como também à manutenção da ordem pública (art. 174, in fine, do ECA)<sup>91</sup>.

Dessa forma, conclui-se que a medida sócio-educativa possui natureza penal juvenil: “penal enquanto modelo de ressocialização, juvenil enquanto legislação especial com nítida finalidade educativa, sem desprezar sua eficiente carga retributiva e conseqüente reprovabilidade da conduta sancionada”<sup>92</sup>.

### 3.3 A possibilidade de aplicação da prescrição nas medidas sócio-educativas

Alguns doutrinadores entendem que o instituto da prescrição não pode ser aplicado no que tange às medidas sócio-educativas, sob o argumento de que a prescrição apenas cabe nas hipóteses de aplicação de pena, e, para eles, não tendo a medida sócio-educativa esse caráter de pena, mas tão-somente natureza e finalidade pedagógica, não haveria que se falar em perda do direito estatal de aplicar a medida. Em síntese: a prescrição não atingiria o dever de reeducar e ressocializar.

O Superior Tribunal de Justiça durante vários anos de posicionou nesse sentido, sob o argumento de que as medidas sócio-educativas não se revestiam da mesma natureza jurídica das penas restritivas de direito ou privativa de liberdade.

Márcio Mothé Fernandes, um dos pioneiros no assunto, defende que a prescrição da medida sócio-educativa ocorre quando o adolescente chega aos

<sup>91</sup> SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 70.

<sup>92</sup> Idem, p. 70-71.

dezoito anos de idade (ou seja, quando se torna imputável) ou quando atinge os vinte e um anos (limite etário para que as medidas do ECA possam ser aplicadas).<sup>93</sup>

Várias são as críticas que atingem tal posicionamento, consoante explica Galdino Augusto Coelho Bordalo:

[...] tomar como parâmetro a idade do adolescente infrator fará com que se tenha um tratamento desigual quando haja mais de um adolescente como autores do mesmo ato infracional e que possuam idades diferentes, o que fará com que se tenha uma flagrante inconstitucionalidade. [...] A nosso ver a tese [...] pode ser qualificada como modalidade de extinção da ação sócio-educativa pela decadência do direito do Estado, pois quando o adolescente infrator alcança a imputabilidade penal (ou a idade de 21 anos nas hipóteses excepcionadas pelo ECA), o direito material de sócioeducar do Estado se extingue<sup>94</sup>.

De fato, ganhou força tanto na doutrina quanto na jurisprudência a corrente que defende ser cabível o instituto da prescrição também no âmbito do Direito da Infância e da Juventude em face de prática infracional.

Sabe-se que da mesma forma que cabe ao Estado promover a justiça através de decisões judiciais coerentes, também é de seu interesse, e obviamente da sociedade, que sejam evitadas decisões obsoletas em face do decurso de tempo entre o fato e a aplicação da lei ou entre esta e sua conseqüente execução. Entendida como a perda do poder de punir ou de executar pena por parte do Estado em razão de sua inércia em determinado lapso temporal, a prescrição é garantida no Direito Penal como umas formas de extinção de punibilidade (art. 107, inciso IV, do Código Penal).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, não faz menção à adoção de tal instituto do âmbito do Ato Infracional, muito embora não falem argumentos que sirvam de fundamentos para sua adoção, conforme se explanará a seguir.

Conforme demonstrado no primeiro capítulo da presente monografia que o ECA, de fato, adotou o Direito Penal Juvenil, e em conseqüência, todas as garantias legais existentes para a segurança do autor de um delito, existentes no Direito Penal comum, também devem ser adotadas para o adolescente infrator, não sendo outra a

---

<sup>93</sup> BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. A prescrição da pretensão socioeducativa. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 22, jul./dez. 2005, p.81-103.

<sup>94</sup> Idem.

conclusão senão a de que o instituto da prescrição encontram-se incluído em tais garantias.

Antônio Fernando Amaral e Silva entende que

[...] os princípios garantistas do Direito Penal Comum e do Direito Penal Juvenil (Especial), devem ser invocados, comparando a intérprete as respectivas categorias jurídicas, para que por idêntico fato, não seja o jovem punido com maior rigor do que seria o adulto<sup>95</sup>.

É justamente esse um dos principais argumentos para aplicação da prescrição na medida sócio-educativa, sendo anacrônico que um adolescente infrator seja tratado de forma mais grave do que um indivíduo mais de dezoito anos, tendo ambos praticarem a mesma conduta transgressora.

No âmbito criminal, a Constituição Federal previu a prescrição como regra, tanto o é, que descreveu de forma taxativa a única forma de imprescritibilidade, qual seja, o delito de racismo (art. 5º, inciso XLII). Dessa forma, todas as outras condutas transgressoras, à exceção do racismo, comportam prazos prescricionais.

Denival Francisco da Silva, traçando um paralelo entre o princípio da igualdade previsto do texto constitucional (todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza) e o princípio da proteção integral previsto do Estatuto da Criança e do Adolescente (criança e adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral), conclui que todos os direitos e garantias inerentes aos adultos também devem ser aplicados à criança e ao adolescente:

[...] significa dizer que a criança e o adolescente estão não só acobertados pela gama de direitos e garantias individuais inscritos do texto constitucionais, como têm, por igual mandamento constitucional, preferência e prioridade em toda forma de atendimento<sup>96</sup>.

Assim sendo, além dos direitos inerentes de maneira geral a todas as pessoas, aos adolescentes e crianças cabem direitos especiais em razão da situação que possuem, qual seja, serem pessoas em desenvolvimento. Logo, a

<sup>95</sup> SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. O mito da inimputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente. Site. Disponível na Internet. <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5220.htm>. Acesso em 15 de ago. 2009.

<sup>96</sup> SILVA, Denival Francisco da. Prescrição: direito e garantia fundamental (art. 5º, XLII, CF) e, porquanto, instituto que alcança toda forma de sanção imposta à pessoa humana, inclusive, e em especial, as medias sócioeducativas. Site. Disponível na Internet. [http://www.portalgepec.org.br/artigos/prescricao\\_da\\_medida\\_socioeducativa.pdf](http://www.portalgepec.org.br/artigos/prescricao_da_medida_socioeducativa.pdf). Acesso em 05 de mar. 2009.

conclusão é de que: como direito e garantia geral, a prescrição não pode ser suprida quando da responsabilização do adolescente por prática infracional, devendo sim, ser adaptada à condição especial do jovem infrator.

Já tendo sido demonstrado que a medida sócio-educativa, da mesma forma que as sanções penais, atuam como mecanismo de defesa social, não resta dúvida de que a prescrição lhe é perfeitamente aplicável, uma vez que embora possua finalidade pedagógica, o seu lado expiatório e intimidativo (a exemplo das penas) também lhe caracteriza.

Dessa forma, Marina de Aguiar Michelman entende que:

[...] pela restrição total, parcial ou potencial, ao direito fundamental de ir e vir do adolescente torna-se inconveniente franquear ao exclusivo arbítrio do juiz o poder de aplicar ou executar tais medidas independentemente do lapso temporal transcorrido. Ora, se o legislador penal limita a possibilidade de aplicação ou execução da pena pelo escoamento temporal ao imputável, discriminar o autor de ato infracional [...] afiguraria nítido atentado ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição Federal)<sup>97</sup>.

No mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa defende que:

[...] a necessidade de que a intervenção seja imediata proporciona a significação, sempre existente, das implicações de um processo infracional e da eventual medida socioeducativa. Por isso que longos períodos entre o ato e a resposta, de regra, implicam em que a intervenção se dê em outro adolescente, já modificado pelo tempo. Apesar de o tempo “da outra cena” não ser temporizável, o ato já foi encadeado simbolicamente e a intervenção é puro ato de poder desprovido de qualquer pretensão rumo à autonomia [...]. Logo, melhor é a extinção do processo ou eventualmente da medida aplicada [...]<sup>98</sup>.

Ressalte-se que o instituto prescricional não se confunde com a extinção da medida sócio-educativa em razão da perda de objeto. Denival Francisco da Silva, defendendo a não eternização do poder estatal em aplicar punições, chama a atenção para a subjetividade existente no critério de perda do objeto, ao mesmo tempo em que enaltece que a prescrição é “instituto com incidência certa, de caráter cogente e portanto de ordem pública” alertando que:

<sup>97</sup> MICHELMAN, Marina de Aguiar. Da impossibilidade de se aplicar ou executar medida socioeducativa em virtude da ação do tempo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 27, v. 7, p. 203-217.

<sup>98</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 58, v. 14, p.15-28.

[...] entregar ao julgador a faculdade de interpretação se houve ou não essa perda do objeto sócioeducativo – expressão que evidentemente não traduz certeza, objetividade ou interpretações coincidentes –, mesmo que concretamente já tenha decorrido o prazo prescricional, é negar direito subjetivo do adolescente, criando-se solução de insegurança e de enorme imprevisão<sup>99</sup>.

Galdino Augusto Coelho Bordalo entende que a ECA, por se tratar de lei especialíssima (haja vista possuir como objeto a criança e o adolescente), “faz com que os Códigos passem a ter função residual, sendo aplicáveis apenas em relação às matérias não disciplinadas ou disciplinadas de modo parcial pelo ECA”<sup>100</sup>.

Coadunando-se com tal posicionamento, Gustavo Tepedino afirma que

[...] a conclusão do mesmo raciocínio, em sede, interpretativa, e que, diante de lacunas do legislador especial, o intérprete deverá aplicar a *analogia legis* (o recurso à norma que regule situação análoga, com identidade de *ratio* em relação à situação não prevista) como a *analogia iuris* (o recurso aos princípios gerais de direito) no âmbito das normas do próprio estatuto, esgotando no assim chamado microssistema a atividade interpretativa<sup>101</sup>.

Assim sendo, Galdino Augusto Bordallo entende que diante do silêncio da Lei nº 8.069/90 deve-se aplicar a chamada analogia “*legis*”, buscando e utilizando as regras previstas na parte geral do Código Penal Brasileiro, uma vez ser semelhante o ato infracional, a medida sócio-educativa e ação socioeducativa com as figuras do delito, da pena e da ação penal, respectivamente<sup>102</sup>.

A idéia de prescribibilidade da medida sócio-educativa ganhou força também da jurisprudência brasileira, tendo sido, inclusive, afirmada pelo Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 338 no ano de 2007.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina foi pioneiro no Brasil no reconhecimento do instituto prescricional em matéria de medida sócio-educativa, possui decisões favoráveis que datam de antes do posicionamento firmado pelo STJ:

<sup>99</sup> SILVA, Denival Francisco da. Prescrição: direito e garantia fundamental (art. 5º, XLII, CF) e, porquanto, instituto que alcança toda forma de sanção imposta à pessoa humana, inclusive, e em especial, as medias sócioeducativas. Disponível em: <[http://www.portatgepec.org.br/artigos/prescricao\\_da\\_medida\\_socioeducativa.pdf](http://www.portatgepec.org.br/artigos/prescricao_da_medida_socioeducativa.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2009.

<sup>100</sup> BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. A prescrição da pretensão socioeducativa. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 22, jul./dez. 2005, p. 81-103.

<sup>101</sup> TEPEDINO, Gustavo. *apud* BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. A prescrição da pretensão socioeducativa. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 22, jul./dez. 2005, p. 81-103.

<sup>102</sup> BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *op. cit.* p.81-103.

ESTATUTO DA CRIANÇA e do ADOLESCENTE. Ato infracional praticado por menor de 18 (dezoito) anos. Medidas sócio-educativas, de advertência e prestação de serviços à comunidade, aplicadas pelo prazo de 01 (um) ano. Aplicação das normas da parte geral do Código Penal. Inteligência do artigo 226 do referido Estatuto. Prescrição. Ocorrência entre a data do recebimento da representação e a da publicação do decisum condenatório. Decretação, de ofício, prejudicado o exame do mérito<sup>103</sup>.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA APLICADA POR PRAZO INFERIOR A UM ANO - DECURSO DE MAIS DE UM ANO ENTRE A REPRESENTAÇÃO E A SENTENÇA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - INCIDÊNCIA DOS ARTS. 109, VI, 110, § 1º, E 115 DO CÓDIGO PENAL<sup>104</sup>.

O fato é que os tribunais estaduais e posteriormente o STJ passaram a aceitar, não obstante a finalidade pedagógica, também o caráter punitivo, sancionatório e aflitivo presente na medida sócio-educativa. Como decorrência dos princípios garantistas penal e constitucionalmente previstos, a Corte Superior passou a admitir a prescrição.

O Ministro Felix Fisher no voto do HC 30.028/MS assim se posicionou:

Não aplicar o instituto da prescrição atos infracionais, injustos fundamentadores da atuação do Estado, significa criar idênticas situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis o que é de todo desaconselhável e inaceitável<sup>105</sup>.

Vários foram as manifestações do STJ desde então:

RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRESCRIÇÃO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. 1. 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.

<sup>103</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AP. Criminal 30.496**, 2º CCrim. Rel. Des. Alberto Costa, j. 27/08/96. Disponível em:

<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAGxaAALAAAPSMAD&Todas=30.496&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>104</sup> \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ap. Crim 98.010393-2**. Rel. Dês. Paulo Galloti, j. 20/10/1998. Disponível em:

<<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=98.010393-2&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAGxaAAJAAAI2oAAI>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>105</sup> \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 30.028/MS**. Rel. Felix Fisher. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200301515590&dt\\_publicacao=20/8/2003](https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200301515590&dt_publicacao=20/8/2003). Acesso: 14 ago. 2009.

2. 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.

3. 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.

4. Recurso conhecido e provido para, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, declarar extinta a punibilidade do ato infracional<sup>106</sup>.

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. PRAZO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO REGULADO NO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRAZO PRESCRICIONAL REDUZIDO DA METADE. PRESCRIÇÃO IMPLEMENTADA. RECURSO PROVIDO.

I. 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. Precedentes. II. Sendo o réu menor de 21 anos à época do fato delituoso, reduz-se à metade o prazo prescricional, nos termos do art. 115 do Código Penal. III. Transcorrido mais de um ano, desde a sentença até a presente data, declara-se extinta a sua punibilidade, pela ocorrência da prescrição intercorrente ou superveniente. IV. Recurso conhecido e provido<sup>107</sup>.

Dessa forma, em maio de 2007 o STJ, através da Súmula 338: “a prescrição penal é aplicável das medidas sócio-educativas”.

O artigo 152 do ECA dispõe que “aos procedimentos regulados nesta lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente” e o artigo 61 do Código de Processo Penal dispõe que “em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.” Logo diante do silêncio da Lei nº 8.69/90 no concernente à prescrição, e uma vez identificada esta, entende Maria de Aguiar Michelman que:

[...] a autoridade judiciária da Infância e Juventude pode extinguir o procedimento apuratório de ato infracional ou deixar de aplicar a medida. Ademais, os dispositivos penais atinentes à prescrição tem caráter geral. Na ausência de regulamentação por parte da lei

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 171080-MS. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 21/02/2002. Disponível em: <<http://www.stj.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>107</sup> \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **RESP 564.353** – MG. Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 26/04/2005. Disponível em: <<http://www.stj.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.

especial, o ECA, aplicam-se as regras genéricas constantes do Código Penal<sup>108</sup>.

Dessa forma, esse é outro posicionamento partidário da prescrição em matéria de medida sócio-educativa tendo por base a aplicação subsidiária das normas do código penal e de processo penal aos procedimentos disciplinados do Estatuto da Criança e do Adolescente.

### 3.4 Espécies de prescrição aplicáveis às medidas sócio-educativas

Ultrapassada a questão da admissão do instituto da prescrição no que concerne às medidas sócio-educativas, cabe analisar o modo pelo quais o prazo prescricional deve ser calculado, bem como a forma que incidirá nas espécies de prescrição, haja vista que o STJ, muito embora tenha reconhecida a possibilidade, não determinou os parâmetros que devem ser utilizados quando da aplicação de tal instituto.

Em seu anteprojeto de Lei de Execução de Medidas sócio-educativas, Antônio Fernando do Amaral e Silva propôs um prazo comum de 2 (dois) anos para toda e qualquer medida<sup>109</sup>.

Entretanto, várias foram as críticas elaboradas a tal parâmetro utilizado. Imagine-se a hipótese de dois adolescentes infratores: a um foi determinada a medida de internação em face da prática infracional de homicídio e a outro a medida de advertência em razão de ato infracional de vias de fato. Será que o prazo prescricional deveria ser igual para ambos em casos? A resposta, por óbvio, é não.

Denival Francisco da Silva entende que:

[...] estabelecer prazo prescricional idêntico para toda e qualquer conduta infracional, acabaria por privilegiar os autores de atos infracionais mais graves ou reiterados, cujas medidas sócio-educativas serão, muito provavelmente, mais rigorosa. Adotado esse critério, estar-se-ia também ofendendo o princípio de igualdade, já que sujeitaria adolescentes com atos infracionais diversos e

<sup>108</sup>MICHELMAN, Marina de Aguiar. Da impossibilidade de se aplicar ou executar medida socioeducativa em virtude da ação do tempo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 27, v. 7, p. 203-217.

<sup>109</sup> SILVA, Denival Francisco da. **Prescrição**: direito e garantia fundamental (art. 5º, XLII, CF) e, porquanto, instituto que alcança toda forma de sanção imposta à pessoa humana, inclusive, e em especial, as medidas sócioeducativas. Disponível em: <[http://www.portalgepec.org.br/artigos/prescricao\\_da\\_medida\\_socioeducativa.pdf](http://www.portalgepec.org.br/artigos/prescricao_da_medida_socioeducativa.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2009.

situações completamente dessemelhantes a soluções equivalentes<sup>110</sup>.

Em relação a esse tema, merece menção o recente Projeto de Lei de nº 134/2009<sup>111</sup> de autoria do Presidente da República, que, visando a instituir no Brasil o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) bem como a regulamentação da execução das medidas sócio-educativas destinados aos adolescentes que pratiquem atos infracionais, fora apresentado à Câmara dos Deputados em 07 de julho de 2009, encontrando-se atualmente na Comissão de Assunto Sociais do Senado Federal.

Tido por muitas como a solução para a questão da execução das medidas sócio-educativas, tal projeto não toca em nenhum de seus oitenta e oito artigos na questão do instituto prescricional, muito embora já tenha o STJ se pronunciado acerca do assunto, garantido a aplicação daquele, conforme demonstrando anteriormente nesse trabalho.

Pelo projeto, as medidas sócio-educativas apenas seriam extintas nas hipóteses de: morte do adolescente, realização da finalidade da medida determinada, aplicação de pena privativa de liberdade (no caso de vir a atingir dezoito anos), em razão de doença grave que venha a tornar o adolescente incapaz de submeter-se ao cumprimento da medida, e, nas demais hipóteses previstas em lei.

Observa-se, portanto, que da maneira que fora apresentado, o projeto de lei supramencionado não resolve o problema do cálculo prescricional no âmbito infracional. Não resta dúvida, entretanto, acerca da necessidade de legislação que venha a regulamentar o assunto.

Os doutrinadores que defendem a prescrição da medida sócio-educativa, entendem que para a determinação do prazo prescricional do ato infracional deve o cálculo ser realizado com base nas regras previstas no Código Penal Brasileiro, art. 109 e art. 115.

---

<sup>110</sup> SILVA, Denival Francisco da. **Prescrição**: direito e garantia fundamental (art. 5º, XLII, CF) e, porquanto, instituto que alcança toda forma de sanção imposta à pessoa humana, inclusive, e em especial, as medidas sócioeducativas. Disponível em: <[http://www.portalgepec.org.br/artigos/prescricao\\_da\\_medida\\_socioeducativa.pdf](http://www.portalgepec.org.br/artigos/prescricao_da_medida_socioeducativa.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2009.

<sup>111</sup>BRASIL. **Projeto de Lei de nº 134/2009**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/61911.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2009.

Galdino Augusto Coelho Bordallo explica que:

[...] o Estatuto da Criança e do Adolescente estipula o prazo de 03(três) anos como o máximo de duração da medida sócio-educativa de internação. [...] Entendendo o legislador estatutário que a medida sócio-educativa mais grave – internação – não deve durar mais do que três anos [...], devemos ter este prazo como máximo para todas as outras medidas [...]. Ao combinar-se este prazo com a regra do art. 109, IV, do CP, veremos que a prescrição ocorrerá em 08(oito) anos. Considerando-se que o autor é adolescente, menor à época do fato, há que se aplicar a regra do art. 115 do CP e fazer a redução do prazo prescricional pela metade. Chega-se, assim, ao prazo de prescrição da pretensão sócioeducativa: 04 (quatro) anos<sup>112</sup>.

A exceção a tal prazo de quatro anos seria no caso da medida de prestação de serviço à comunidade. Para essa modalidade de medida sócioeducativa, o ECA, em seu art. 117, dispôs de prazo máximo diferenciado para sua duração, determinando que não poderá exceder 06 (seis) meses. Realizando-se as combinações legais para o cálculo da prescrição – art. 117, do ECA, art. 109, VI, do CP e art. 115 do CP – chegar-se-ia à conclusão de que o prazo para ocorrência da prescrição da pretensão socioeducativa estatal será de 01 (um) ano.

No que tange a pretensão executória, Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo, traçando um paralelo com as penas previstas do Código Penal, assim entender ser a fórmula que para o cálculo desse prazo prescricional:

[...] obrigação de reparar o dano tem cunho eminentemente patrimonial (embora nem sempre se traduza por compensação econômica). Pode, assim, ser comparada com a multa penal, prescrevendo em 1 anos quando aplicada isoladamente (art. 114 c/c art. 115 do CP), [...] A prestação de serviços à comunidade é sempre aplicada por prazo certo, não excedente a 6(seis) meses (art. 117, caput, ECA), prescrevendo no prazo de 1 (um) ano. A liberdade assistida tem prazo mínimo fixado na sentença, não inferior a 6 (seis) meses, podendo ser prorrogada, revogada ao substituída por outra medida (art. 118, § 2º do ECA). Havendo prazo mínimo ficado na sentença, em relação a ele deve ser calculado o lapso prescricional<sup>113</sup>.

Dessa forma, para o cálculo prescricional da pretensão executória da medida sócio-educativa de liberdade assistida, observar-se-á o prazo mínimo presente na sentença judicial: sendo de 6 (seis) meses, a medida prescreverá em 01

<sup>112</sup> BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. A prescrição da pretensão socioeducativa. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 22, jul./dez. 2005. p. 81-103.

<sup>113</sup> DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Prescrição sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Edicao.aspx?id=25>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

(ano), sendo de 01(um) ano prescreverá em 02 (dois)anos, e assim sucessivamente (seguindo sempre as regras dos arts. 109 e 115 do Código Penal).

No que tange as medidas de internação e semiliberdade, dois são os posicionamentos. Galdino Augusto Coelho Bordallo, baseando-se na reavaliação periódicas das medidas, defende que:

[...] a prescrição executória será calculada levando-se em conta o prazo máximo de reavaliação da medida, que é o de 06 (seis) meses, determinado pelos arts. 118, § 2º e 121, § 2º, ambos do ECA. Esta regra será combinada com os art. 109, VI e 115 do CP e encontraremos o prazo de 01 (um) ano. Se o Estado não iniciar a execução da medida socioeducativa aplicada na sentença neste prazo, prescreverá seu direito<sup>114</sup>.

Em sentido contrário, Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo, nas hipóteses de semiliberdade e internação, entende que:

[...] a periodicidade da reavaliação [...] é apenas um mecanismo idealizado pelo legislador para garantir o caráter pragmático dos princípios da excepcionalidade, da brevidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. [...] Como toda colocação em regime de semiliberdade ou de internação pode, em tese, atingir 3 (três) anos, é sempre com fulcro neste parâmetro que o cálculo deve ser baseado<sup>115</sup>.

Dessa forma, entende tal autor que o prazo prescricional da pretensão executória será sempre de 4 (quatro) anos, com base no art. 109, IV c/c art. 115 do CP).

Já na prescrição retroativa e na prescrição intercorrente: “os prazos para cálculo dos períodos prescricionais variam de acordo com a medida sócio-educativa considerada e são iguais aos da prescrição da pretensão executória”<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. A prescrição da pretensão socioeducativa. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 22, jul./dez. 2005, p. 81-103.

<sup>115</sup> DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Prescrição sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Edicao.aspx?id=25>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

<sup>116</sup> Idem.

PRESCRIÇÃO					
	Da pretensão sócio-educativa				
	Abstrata	Retroativa	Intercorrente	Antecipada	Da pretensão executória
Advertência	4 anos	1 ano	1 ano	1 ano	1 ano
Reparação do dano	4 anos	1 ano	1 ano	1 ano	1 ano
Prestação de Serviços	4 anos	1 ano	1 ano	1 ano	1 ano
Liberdade Assistida	4 anos	1 a 4 anos	1 a 4 anos	1 a 4 anos	1 a 4 anos
Semiliberdade	4 anos	4 anos	4 anos	4 anos	4 anos
Internação	4 anos	4 anos	4 anos	4 anos	4 anos

Tabela n. 02 – Prazos Prescricionais das medidas sócio-educativas<sup>117</sup>.

Assim sendo, observa-se que o prazo prescricional máximo não ultrapassaria quatro anos em nenhuma das espécies de prescrição existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Para alguns pode parecer um prazo curto, mas tal prazo parece ser o mais lógico e coerente uma vez que o indivíduo, via de regra<sup>118</sup>, só responde frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente durante o lapso temporal de seis anos, ou seja, enquanto permanecer entre os doze e dezoito anos de idade (lapso temporal para que as medidas sócio-educativas possam ser aplicadas).

<sup>117</sup> DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Prescrição sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Edicao.aspx?id=25>>. Acesso em> 15 mar. 2009.

<sup>118</sup> Diz-se via de regra uma vez que o ECA garante a possibilidade da aplicação de medida sócio-educativa de internação até os vinte e um anos de idade, desde que iniciada antes do agente completar dezoito anos de idade, consoante dispõe o art. 121, § 5º da Lei 8.069/90.

## CONCLUSÃO

A possibilidade de utilização da prescrição nas medidas sócio-educativas sob os moldes previstos no Código Penal Brasileiro necessita ser analisada sob vários olhares, não sendo suficiente para o estudo e compreensão da matéria o simples enquadramento ou não da matéria como de natureza penal.

Apontando o que de novo foi trazido ao ordenamento jurídico brasileiro graças à adoção da teoria da proteção integral, numa análise comparativa entre os fundamentos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do antigo Código de Menores de 1979 e enfatizando a mudança de tratamento que foi dado às crianças e aos adolescentes, o presente trabalho identificou o novo papel do Estado, bem como da sociedade de um modo geral, como garantidores de direitos a tais pessoas em desenvolvimento, também identificando a nova realidade de tais indivíduos, agora como sujeitos de direitos e obrigações.

A Lei 8.069/90 garantiu a responsabilização do adolescente quando da prática de ato infracional – este entendido como conduta tipificada como delito ou contravenção penal cometida por criança ou adolescente – ao mesmo tempo em que determinou a total irresponsabilidade das crianças em situação idêntica. Assim, muito embora não possa aos jovens entre quatorze e dezoito anos ser aplicadas qualquer uma das penas previstas no Código Penal, quando da ocorrência de atividade infracional cabe ao Estado determinar ao infrator uma das medidas sócio-educativas previstas no art. 112 do ECA.

A advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços a comunidade, a liberdade assistida, a semiliberdade e a internação possuem como objetivo a ressocialização do adolescente. Entretanto, ao lado do conteúdo pedagógico nota-se a existência da natureza sancionatória em tais medidas haja vista que além de serem dotadas de coercibilidade, representam uma reprovação do Estado em face da prática infracional, possuindo, portanto, caráter retributivo, residindo nesse ponto a aproximação de tais medidas com as penas previstas do Código Penal.

Diante da semelhança entre pena e medida sócio-educativa, surgiu a necessidade da admissão do chamado Direito Penal Juvenil como um instituto que garantisse aos adolescentes infratores os mesmos direitos inerentes aos imputáveis em situação idêntica, ou seja, quando do cometimento da mesma conduta

transgressora – restando identificado a necessidade de se trazer ao campo infracional institutos inerentes ao Direito Penal como: excludentes de antijuridicidade, culpabilidade, dentre outros, a exemplo da prescrição.

A prescrição, prevista no Código Penal, representa uma das causas de exclusão da punibilidade. Além de impedir a caracterização do delito, uma vez apontada, faz com que o Estado perca o *jus puniendi* e o *jus executionis*, arcando com sua inércia em virtude do decorrer de determinado lapso temporal sem que tenha exercido o poder-dever que lhe é inerente.

Muito embora não tenha o Estatuto da Criança e do Adolescente feito menção expressa à prescrição nas medidas sócio-educativas, cresceu na doutrina e na jurisprudência a aceitação de tal instituto do âmbito infracional. Não era aceitável que se tratasse o adolescente infrator de modo mais rígido que o imputável tão-somente porque a Lei 8.069/90 não dispunha acerca da prescrição, havendo a necessidade clara da adoção dos princípios garantistas do Direito Penal no que tange aos adolescentes infratores.

Além disso, a análise do princípio da igualdade consubstanciado com a teoria da proteção integral, coadunam a necessidade da prescrição nos casos de ato infracional uma vez que aos adolescentes devem ser garantidos todos os direitos inerentes à pessoa humana, cabendo-lhe cuidados especiais em face da sua condição de pessoa em desenvolvimento. Dessa forma, negar a prescrição significa restringir direitos dos adolescentes, indo de encontro aos dispositivos da Constituição Federal e do próprio ECA e ao espírito garantista que ambas possuem.

Diante desse novo entendimento que se fez necessário, decisões, antes raras, que aplicavam o instituto prescricional, se multiplicaram pelo Brasil reconhecendo e legitimando a possibilidade de utilização da prescrição. De tal forma se deu esse aumento de decisões favoráveis que o Superior Tribunal de Justiça, após julgamento de vários recursos, pacificou entendimento acerca da possibilidade da prescrição penal nas medidas sócio-educativas, através da Súmula 338.

Observou-se que a principal polêmica acerca da utilização da prescrição no âmbito infracional residia na natureza da medida sócio-educativa, uma vez que aqueles que são contrários entendem que devido ao caráter eminentemente pedagógico não podia se falar em perda por parte do Estado do poder-dever de educar aos adolescentes infratores, negando-se dessa forma qualquer natureza punitiva.

Ao contrário dos que negam a prescrição em razão do cometimento de ato infracional, o caráter pedagógico e o caráter retributivo não são antagônicos, não se opõem, pelo contrário, se complementam, na medida em que a sanção deve ser entendida como um meio através do qual o Estado busca atingir o fim perseguido pela medida sócio-educativa, qual seja, a ressocialização.

Dessa forma, diante da natureza pedagógica e sancionatória da medida sócio-educativa, deve-se garantir todos os elementos necessários a reinserção do jovem na sociedade bem como lhe assegurar todos os direitos inerentes aos imputáveis, haja vista que tanto estes como os infratores respondem pelas suas condutas transgressoras através de uma sanção imposta pelo Estado, estando inseridos entre tais direitos o instituto prescricional nos moldes da legislação penal.

O grande problema que ainda impede o desenvolvimento pleno da prescrição no âmbito infracional é a forma como deve se dar o cálculo do prazo prescricional, uma vez que aos órgãos judiciais foi conferido a possibilidade de aplicar tal instituto, através da Súmula 338 do STJ sem, entretanto, demonstrar como se determina tal lapso, havendo, dessa forma, a fim de evitar decisões díspares, a necessidade de criação de lei que venha a regular tal tema. Em outras palavras, é necessário que, através dessa nova legislação, evite-se que cada autoridade judiciária da infância e juventude, a seu bel-prazer, venha a determinar o lapso temporal que fundamentará a prescrição da medida sócio-educativa.

## REFERÊNCIAS

- ALFRADIQUE, Eliana. **Prescrição penal e a atualidade de sua aplicação**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto601\(2\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto601(2).rtf)>. Acesso em: 10 mar. 2009.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, volume 1, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. A prescrição da pretensão socioeducativa. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 22, jul./dez. 2005.
- BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 15 out. 2009.
- \_\_\_\_\_. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1560.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2009.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AP. Criminal 30.496**, 2º CCrim. Rel. Des. Alberto Costa, j. 27/08/96. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qID=AAAGxaAALAAAP SMAAD&Todas=30.496&qFrase=&qUma=&qCor=FF0000>>. Acesso em: 15 set. 2009.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESP 171080-MS. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 21/02/2002. Disponível em: <<http://www.stj.com.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.
- CAGLIARI, José Francisco. *apud* KOENER JÚNIOR, Rolf. **Prescrição penal**. Publicado em 10/05/2001. Disponível em: <<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5220.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2009.
- CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Prescrição sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Edicao.aspx?id=25>>. Acesso em: 15 mar. 2009.
- EGER, Joubert Farley. **Nova classificação da infração penal no atual sistema criminal brasileiro e o aplacamento da controvérsia de aplicação do instituto prescricional**. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/2513.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Suspensão do prazo prescricional no art. 366 do CPP e suas limitações constitucionais: crítica ao RE 460.971-1/RS. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, volume 15, n. 68, 2007.

KOERNER JÚNIOR, Rolf. **Prescrição penal**. Disponível em: <<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5220.htm>>. Acesso em: 10 mar.2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: medida sócio-educativa é pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: medida sócio-educativa é pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MARTINS, Maria Aparecida Pereira. **Manual de orientação para medidas sócio-educativas não privativas de liberdade**. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/8/docs/manual\\_prestacao\\_de\\_servicos\\_a\\_comunidade.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/8/docs/manual_prestacao_de_servicos_a_comunidade.pdf)> Acesso em: 30 jul. 2009.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Inimputabilidade penal**: adolescentes infratores: punir e (res)socializar. Recife: Nossa Livraria, 2004.

MICHELMAN, Marina de Aguiar. Da impossibilidade de se aplicar ou executar medida socioeducativa em virtude da ação do tempo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, 1999, n. 27, v. 7.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8 ed. rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: Parte geral, arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

**Regras de Beijing**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex47.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm)> 17. Princípios norteadores da decisão judicial o das medidas

ROSA, Alexandre Moraes da. Aplicando o ECA: felicidade e perversão sem limites. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 58, v. 14.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem da responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARAIVA, João Batista Costa. **A doutrina da proteção integral**: o princípio do superior interesse e convenção dos direitos da criança e do adolescente: conteúdo e significado. Disponível em: <<http://www.oaang.org/simposio/doutrinaProteIntegral.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. **O mito da inimputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5220.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

SOUZA, Etelma Tavares de. **Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral**. Disponível em: <[http://www.defensoria.org.br/langs/arquivos\\_multimedia/102.pdf](http://www.defensoria.org.br/langs/arquivos_multimedia/102.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2009.

SPOSATO, Karyna Batista. Gato por lebre: a ideologia correccional no estatuto da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 14, n. 58, jan./fev. 2006.

WEINGARTNER NETO, Jayme; TEIXEIRA, Daiana Pereira. **Entre o estatuto da criança e do adolescente e o código penal: por uma negociação de fronteiras, navegando pela prescrição da medida sócio-educativa**. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/2506.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2009.