



**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**  
**Faculdade de Direito**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

**A PRESCRIÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO**  
**ADOLESCENTE**

**Christiano Jorge Santos**

Professor de Direito Penal da PUC/SP  
Promotor de Justiça na Capital do Estado de São Paulo

**Maíra Beauchamp Salomi**

Advogada  
Graduada pela Faculdade de Direito da PUC/SP

**Resumo:**

A evolução jurisprudencial tem demonstrado que paulatinamente vem sendo introduzido, contra legem, o instituto da prescrição no tocante às medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90). Todavia, tal entendimento não subsiste, sobretudo, em razão da diferença entre a natureza jurídica de tais medidas e a das penas. Ainda, pelo fato de estar previsto em nosso ordenamento jurídico que são inimputáveis os menores de 18 anos, afigura-se um contra-senso afirmar ser aplicável uma causa de extinção da punibilidade a pessoas desprovidas de punibilidade. Não parece razoável aceitar a fixação de um prazo para que o Estado exerça o dever de educar, portanto.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

PUC-SP

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

#### Abstract:

Former Court decisions have shown that gradually it has been inserted, contra legem, the statute of limitation in disciplinary measures foreseen in Statute of the Child and Adolescent (Federal Law nº 8.069/90). Notwithstanding, this considered opinion can not subsist, above all, in view of the differences between the legal nature of these measures and the criminal penalties. Furthermore, in view of the fact that the Brazilian Law foresees the criminal incapacity for those who are minor than eighteen years old, it resembles to be contrary to the common sense to assert that a cause of abolition of punishment is applicable to people that are devoid of criminality. Thus, it doesn't seem reasonable to accept the settlement of a term for the Government to exercise the duty of education.

#### Palavras-chave:

ECA. Medidas socioeducativas. Criança. Adolescente. Prescrição. Punibilidade. Imprescritibilidade. Maioridade penal.

## I - INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente chega, neste ano de 2008, aos dezoito anos de idade. O marco é significativo, inclusive pelo aspecto simbólico e metafórico de fim da “adolescência” e início da maturidade, e suscita diversas reflexões. Uma delas, em especial, diz respeito à aplicação das regras atinentes ao instituto da prescrição penal no âmbito das medidas socioeducativas.

Recentemente, no dia 22 de abril de 2008, em decisão unânime proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* n. 88.788/SP)<sup>1</sup>, foi reforçado entendimento sobre assunto polêmico e relevante, alvo de intenso debate no mundo jurídico.

---

<sup>1</sup> Acórdão da lavra do Ministro Joaquim Barbosa, publicado em 27 de junho de 2008.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

A Corte Suprema, a despeito de ter indeferido a ordem de *Habeas Corpus*, posicionou-se no sentido de ser cabível a mencionada incidência do instituto da prescrição nas hipóteses de adolescente “em conflito com a lei”, sob o argumento de que as normas gerais do Código Penal são integralmente aplicáveis às hipóteses sujeitas ao mencionado Estatuto. Também afirmou não haver incompatibilidades entre tais medidas e as regras que prevêm a extinção da punibilidade pelo transcurso do lapso temporal.

## II - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TEMA

A matéria concernente à prescrição das medidas tornou-se, desde o surgimento da Lei nº 8.069/90, palco de inúmeras controvérsias na jurisprudência, haja vista o sepulcral silêncio do ECA quanto a essa questão. Durante mais de um decênio após sua promulgação, contrapunham-se dois posicionamentos: um favorável à prescrição das medidas socioeducativas, considerando seu aspecto sancionador e enaltecendo a necessidade da segurança jurídica; e outro, de todo contrário a essa modalidade de extinção da punibilidade, eis que tais medidas possuem natureza eminentemente educacional, representando a prescrição um obstáculo ao alcance da reeducação do adolescente infrator. Este último permaneceu por muito tempo como o entendimento majoritário nos tribunais pátrios.

A divergência persistiu no decorrer dos anos até que, paulatinamente, os julgados passaram a revelar uma tendência ao cabimento da prescrição nas medidas aplicáveis aos infratores, assegurando um limite ao *ius puniendi* estatal. Algumas Cortes de Justiça, sob o fundamento de que a inexistência de prescrição gerava imensa insegurança jurídica e abria precedente ao Estado de perseguir *ad eternum* um jovem infrator, passaram a solidificar a



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

PUC-SP

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

questão criando Enunciados e Súmulas, tal como o Enunciado nº 32 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.<sup>2</sup>

Seguindo a inclinação desta parcela da jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento ao promulgar, em 16 de maio de 2007, a Súmula nº 338, pela qual estabeleceu: “*A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas*”. Olvidou-se, no entanto, de estabelecer de que modo dever-se-ia incidir esta modalidade de prescrição, isto é, como seria calculado o prazo prescricional sem que se criasse um *tertium genus*.

Destarte, não obstante a questão se revelasse aparentemente equacionada, os tribunais que reputavam cabível o instituto não chegaram a um consenso quanto ao modo de realização do cálculo do lapso prescricional.

A ausência de previsão do instituto da prescrição no Estatuto da Criança e do Adolescente e o fato de que as disposições acerca dessa modalidade de extinção da punibilidade, em nosso Código Penal, tratam somente sobre a prescrição do direito de punir (aplicação de penas) criaram um terreno fértil para que as cortes pátrias instituíssem, cada uma a seu modo, diferentes maneiras de se efetuar os cálculos prescricionais aplicáveis nos casos de infrações praticadas por adolescentes.

Têm-se, assim, previsões diversas, que podem ser resumidas, como se verá a seguir, em algumas correntes:

- (i) A prescrição deve ser calculada a partir da pena máxima cominada no preceito normativo secundário do tipo penal combinada com a

---

<sup>2</sup>“*Aplica-se aos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente o instituto da prescrição, consoante os prazos máximos das medidas socioeducativas cabíveis e os lapsos temporais previstos no art. 109 do Código Penal, sem o redutor decorrente da idade.*”



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

redução à metade do prazo prescricional prevista no artigo 115 do Código Penal<sup>3</sup>;

- (ii) A medida socioeducativa sem termo fixado pela sentença tem seu lapso prescricional efetivado pelo limite máximo que o Estatuto prevê para a internação (artigo 121, § 3º), qual seja 3 anos, aplicado este parâmetro nos termos do artigo 109, IV do Código Penal, incidindo o artigo 115 do mesmo diploma. Como consequência, sustenta-se que, em havendo termo fixado pela sentença, a duração da medida socioeducativa será o prazo base para o cálculo prescricional<sup>4</sup>;
- (iii) Sem prejuízo da aplicação do entendimento anterior, deve ser afastada a incidência do artigo 115 do Código Penal, haja vista que os adolescentes, por definição legal do próprio Estatuto (artigo 2º, *caput*), são pessoas com menos de 21 anos quando vêm subsumidas suas condutas às figuras típicas penalmente ilícitas<sup>5</sup>.

Por fim, outras inúmeras correntes podem ser imaginadas como soluções à questão<sup>6</sup>.

Independentemente da autoridade e qualidade intelectual dos magistrados que vêm assim se posicionando, faz-se necessário refletir sobre o cabimento da prescrição e sobre as consequências daí advindas. Isto porque, a essência do Estatuto da Criança e do Adolescente e das medidas cabíveis aos infratores está sendo visceralmente atingida. Vale dizer, tendo o Estatuto recém

<sup>3</sup> Cf. acórdão do próprio HC 88.788 do STF. Para um maior aprofundamento doutrinário sobre este posicionamento, ver: Antônio Fernando do Amaral e Silva, O mito da imputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, e João Batista da Costa Saraiva, *Direito penal juvenil. Adolescente e ato infracional. Garantias processuais e medidas socioeducativas*.

<sup>4</sup> Cf. STJ, HC 95.012, Min. Rel. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 03.03.08. Éste também o posicionamento de Galdino Bordallo (A prescrição da pretensão socioeducativa, p. 101).

<sup>5</sup> Cf. STJ, HC 82.210, Min. Rel. Jane Silva, Quinta Turma, DJ 07.02.08.

<sup>6</sup> A título de exemplo, a própria decisão monocrática proferida no *Habeas Corpus* 88.788 do Supremo Tribunal Federal, em sede de medida liminar, utiliza como base para o cálculo da prescrição o tempo máximo de seis meses permitido para as medidas socioeducativas (exceto a medida de internação). Outra solução inovadora foi apresentada perante o Tribunal do Rio Grande do Sul, no acórdão da Apelação Cível n. 70025015553 (de relatoria do Des. José Ataídes Siqueira Trindade, publicado em 08 de julho de 2008) que reconhece a prescrição em perspectiva, considerando a duração máxima de seis meses das medidas socioeducativas.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP** atingido a sua “maioridade”, é necessário que se façam valer os seus princípios e diretrizes, reforçando sua identidade e mantendo-se seu vigor.

### III - O ESCOPO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS NELE PREVISTAS

Primeiramente, cumpre ressaltar que a Carta Magna de 1988, preparando a sociedade para um novo tratamento conferido às crianças e aos adolescentes, anunciou novas diretrizes para a sua proteção em seu artigo 227, estabelecendo especificamente no § 3º, V, que o direito de proteção a eles deveria obedecer aos “*princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade*”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, já em suas disposições preliminares, aponta explicitamente a sua finalidade ao determinar que seu conteúdo se pautará na proteção integral à criança e ao adolescente.<sup>7</sup>

Por sua vez, o artigo 112 da Lei nº 8.069/90, ao prever as medidas socioeducativas, firma esta orientação protecionista do Estatuto pela própria descrição de suas modalidades, sendo elas advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semi-liberdade e, por fim, a internação em estabelecimento educacional. Depreende-se, portanto, de um simples passar de olhos sobre os incisos do artigo 112 do Estatuto que estas medidas devem ser concebidas em consonância com os objetivos maiores de reeducação do adolescente.

O seu cunho é, então, indiscutivelmente protetivo-educacional, revelando, no tocante a essas medidas, não possuir o Estado, goste-se ou não,

---

<sup>7</sup> Valter Kenji Ishida. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e jurisprudência*, p. 21.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

pretensão punitiva, mas tão somente pretensão educativa. Embora se argumente que, por vezes, as medidas educativas apresentam uma parcela de repressão e punição, esta apenas representa uma etapa a ser superada para que se atinja a reeducação pretendida, mas nunca o fim último da lei.<sup>8</sup>

O próprio artigo 100 da Lei nº 8.069/90 assevera que na aplicação das medidas de proteção, também cabíveis nos casos de prática de ato infracional, serão consideradas as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiar e comunitário, o que intensifica e reafirma os fins primordialmente preventivo e pedagógico das medidas adotadas pela lei especial, restando em segundo plano, se tanto, pela interpretação mais fiel da legislação protetiva, a repressão e restrição de direitos do adolescente.

Nessa linha, é a lição de Guaraci Vianna: “*o caráter predominantemente reeducador das medidas previstas na Lei 8.069/90 faz com que o Estado tenha o dever de aplicá-las para preparar a pessoa humana para uma vida feliz e útil*”<sup>9</sup>.

Ora, o estabelecimento de uma suposta “causa de perda da pretensão socioeducativa” - para ser mais coerente - seria contrário à proposta de proteção integral do adolescente, que, ainda, após decorrido o lapso prescricional previsto, poderia necessitar dos limites impostos pela medida que lhe foi aplicada.

Assim, por este primeiro móvel, não há que se falar em prescrição das medidas socioeducativas, porquanto incomparável a sua natureza jurídica com aquela constante das penas previstas nos Estatutos Penais, sendo nitidamente perceptível a diferença entre as suas finalidades.

---

<sup>8</sup> Roberto João Elias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 25.

<sup>9</sup> Direito infanto-juvenil – Teoria, prática e aspectos multidisciplinares, p. 343.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, acrescente-se que a aplicação de uma medida socioeducativa, ao contrário de uma pena, não clama por uma limitação à possibilidade da atuação estatal concernente ao *ius puniendi*, eis que, justamente pela sua natureza educativa, por vezes revela-se eficiente e necessária, ainda que já transcorrido grande lapso temporal entre os fatos e a aplicação da medida, fazendo-se quase ilimitada (e não “imprescindível”) a atuação do Estado.

Essa foi a orientação que prevaleceu na proposta de Lei de Diretrizes Sócio-educativas resultante do 18º Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude, surgindo a seguinte inovação: “Art. 5º - A medida sócio-educativa não comporta prescrição. 1º – Em razão do decurso do tempo entre conduta infracional e o momento do início ou reinício do cumprimento da medida sócio educativa, poderá o juiz da execução, ouvir o Defensor e o Ministério Público, e mediante decisão fundamentada declarar sua extinção em razão da perda do objeto sócio-educativo. 2º – O disposto no parágrafo anterior também se aplica a procedimentos ainda em curso, que em tal caso serão declarados extintos sem análise de seu mérito.”<sup>10</sup>

Acertada se faz essa proposta de inovação legislativa, pois considera justamente o objeto pedagógico das medidas fixadas aos jovens infratores. Se, por ocasião da aplicação da medida, ainda que transcorrido longo período de tempo, o objetivo for alcançável, será possível o seu cumprimento. Caso contrário, extingue-se o próprio processo.

<sup>10</sup> Congresso ocorrido em Gramado (14/17 de novembro de 1999). Sobre a discussão travada por ocasião daquele congresso, conferir: João Batista Costa Saraiva. *Direito penal juvenil. Adolescente e ato infracional. Garantias processuais e medidas socioeducativas*, p. 37/39.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

#### IV - A SUPOSTA PUNIBILIDADE DOS ADOLESCENTES INFRATORES

Há que se apontar outra falha no entendimento jurisprudencial atualmente dominante em nossos tribunais no que tange à punibilidade envolvendo os penalmente inimputáveis pela idade.

Como é cediço, pelas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, os adolescentes praticam atos infracionais, isto é, quaisquer condutas descritas como crimes ou contravenções penais (artigo 103, da Lei nº 8.069/90). Assim é que a eles não se cominam penas, mas sim às já mencionadas medidas socioeducativas e protetivas.

Também como se sabe, o ato infracional consiste na conduta que se aperfeiçoa ao tipo previsto no Código Penal ou aos tipos penais ou contravencionais estatuídos em leis esparsas, representando objetivamente uma verdadeira infração penal (unicamente em termos de conduta) que, todavia, é praticada por pessoa não sujeita à pena. Mas, ainda que se assemelhe ao crime (face ao aspecto da tipicidade e também pelo alcance das causas excludentes de ilicitude), distancia-se completamente dele quanto ao seu conceito analítico.

Para o adolescente praticante de ato infracional, não há a figura da imputabilidade que consiste *“na condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento”*<sup>11</sup>. Tal assertiva se depreende do artigo 27 do Código Penal, o qual prevê: *“os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”*. É a consagração, entre nós, do sistema biológico de culpabilidade<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Heleno Fragoso. *Lições de direito penal. A nova parte geral*, p. 203.

<sup>12</sup> Antônio Tomás Bentivoglio. Imputabilidade. CURY, Munir (org.). *Infância e cidadania*, p.16.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Ausente a imputabilidade, conclui-se pela inexistência de culpabilidade dos adolescentes, porquanto a imputabilidade “*é elemento componente da culpabilidade, é um dos dados que devem compor o caráter reprovável do fato típico e antijurídico (...) sendo imputável aquele que tem a capacidade de entender e de querer*”<sup>13</sup>.

Seguindo esta cadeia de elementos, ausente a culpabilidade, não há que se falar em punibilidade. E, a este ponto, incumbe realizar uma breve análise de alguns conceitos doutrinários:

Segundo José Frederico Marques, “*o crime é punível porque, praticado o fato típico, antijurídico e culpável, deve ser aplicado o preceito sancionador da norma penal incriminadora.*” A punibilidade é, portanto, “*conseqüência do crime, situando-se fora de seus elementos integrantes*” sendo “*um ‘posterius’ em relação ao crime de onde tira sua origem*”<sup>14</sup>.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, “*ser punível depende de que seja típico, antijurídico e culpável, e, é claro, acima de tudo, de que seja conduta*”<sup>15</sup>.

Ante tão sólida conceituação de punibilidade, não seria congruente considerá-la presente em uma conduta não considerada como infração penal, pois a origem da punibilidade seria, equivocadamente, a prática de um ato infracional, ou seja, a conduta de um inimputável, vale dizer, pessoa despida de punibilidade.

Dessa forma, afigura-se um completo contra-senso falar-se em extinção da punibilidade (no caso, pela prescrição) de pessoa impunível. Não

<sup>13</sup> José Frederico Marques. *Tratado de direito penal*. Vol. 2, p. 159.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>15</sup> *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*, p. 742.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

PUC-SP

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

sendo o adolescente passível de punição - pela idade - não pode também ser brindado com a extinção da punibilidade, à qual não se sujeita, pelo decurso do tempo.

Sim, pois, nos dizeres de Magalhães Noronha, com a extinção da punibilidade, “*o que cessa é a punibilidade do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política*”<sup>16</sup>. Inexistindo a punibilidade, portanto, não haveria o que cessar.

### V - A SUPOSTA IMPRESCRITIBILIDADE

A esse ponto, faz-se importante refutar o argumento concernente à “imprescritibilidade”, vedada implicitamente pela nossa Constituição Federal, com a previsão expressa das hipóteses somente nos casos de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, bem como na prática do racismo (artigo 5º, incisos XLII e XLIV).

Defende a maior parte da doutrina penal brasileira a limitação de tempo para o exercício do direito de punir estatal, ou seja, não pode ele se perpetuar, não sendo permitido que a inércia e a inoperância do Estado em reprimir o crime prevaleçam sobre o interesse de punir o criminoso. Por esta e outras razões, defende-se a existência da prescrição como modalidade de causa extintiva da punibilidade limitando-se, por consequência, a atuação repressiva do Estado. É sabido que o chamado *ius puniendi* deve verificar-se dentro de um determinado lapso temporal, pois decorrido este, extingue-se a punibilidade do agente, exaurindo-se o direito de impor-se pena ao réu.

---

<sup>16</sup> *Direito penal. Vol. 1, p. 326.*



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Poder-se-ia cogitar da utilização do mesmo raciocínio para os atos infracionais, não obstante a disposição constitucional sobre a imprescritibilidade seja direcionada a crimes, não às condutas dos adolescentes infratores.

Todavia, o esquecimento do delito e a superação do alarma social causado pela infração, bem como a perda da própria finalidade da punição, tendo em vista a possível readaptação social do infrator<sup>17</sup> - outras razões apontadas pela doutrina para justificar a existência do instituto da prescrição - não subsistem quando da aplicação de uma medida socioeducativa.

Isto porque, como antes alinhavado, as medidas de cunho educativo têm finalidade pedagógica, sendo indiferente o esquecimento do delito, o alarma social ou a “punição” extemporânea. Visa-se com elas ao pleno desenvolvimento do adolescente, afastando-o das práticas de condutas criminosas, apresentando-lhes valores ético-sociais e, ao mesmo tempo, assegurando seus direitos fundamentais. A finalidade é, principalmente, educar, tentar educar ou reeducar e resguardar o jovem que pratica atos anti-sociais, mediante a aplicação de medidas que restrinjam ou não seus direitos, a depender do caso, finalidade esta que poderá ser útil a qualquer tempo, porquanto o desenvolvimento do adolescente pode continuar até mesmo além da maioridade formal (os dezoito anos de idade).

Como se não bastasse, é falho o argumento de que a “punição do adolescente” ou a aplicação das medidas preconizadas no artigo 112 da Lei n° 8.069/90, sem o estabelecimento da prescrição, penderiam eternamente, como espada afiada, sobre a cabeça do infrator, promovendo injustiça. Isto porque, o Estatuto assinala em seu artigo 121, §5°, ao tratar da medida de internação – a mais grave delas – que a liberação do adolescente será compulsória aos 21 anos de idade. Assim, não se pode aventar a possibilidade de uma medida passível de ser aplicada pela máquina estatal *ad eternum*.

<sup>17</sup> Julio Fabbrini Mirabete. *Manual de direito penal*. Vol. 1, p. 401.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Ninguém ignora, além disso, que, na prática, nas Varas da Infância e Juventude espalhadas por todo o país, a regra (certa ou errada) é a extinção de toda e qualquer medida socioeducativa com o completar dos dezoito anos de idade por parte do adolescente, sob argumento de esgotamento da finalidade pedagógica da medida ou, em outras palavras, pela perda do objeto do procedimento apuratório de ato infracional ou mesmo do processo de execução da medida fixada no juízo de conhecimento.

Fica evidente, portanto, ser falacioso o argumento de que o instituto da prescrição precisa ser importado do Código Penal pelo Estatuto da Infância e Juventude para impedir-se a postergação sem limite dos feitos afetos à Justiça Especial.

### VI - CAUSAS INTERRUPTIVAS E SUSPENSIVAS DA PRESCRIÇÃO

Muito embora entenda-se inaceitável a aplicação do instituto da prescrição às medidas socioeducativas, para que se permita a argumentação e, mais que isso, visando a demonstrar o desacerto das interpretações pretorianas sobre a incidência das regras de Direito Penal às hipóteses do Estatuto da Criança e do Adolescente, neste tópico, tentar-se-á expor mais um aspecto problemático da importação de regras penais para o sistema legal específico voltado aos jovens inimputáveis pela idade.

Independentemente do acerto da tese majoritariamente aceita pelos nossos tribunais no que se refere à prescrição das medidas socioeducativas, urge salientar a gritante incongruência deste posicionamento sob a ótica das demais regras que complementam a prescrição penal.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Um olhar atento sobre os artigos 109 e seguintes do Diploma Penal, revela que a aplicação da prescrição das penas depende diretamente das demais normas lá previstas, tais como aquela constante do próprio artigo 115, utilizada por alguns para reduzir em metade o prazo prescricional das medidas socioeducativas<sup>18</sup>.

Com efeito, indispensáveis ao instituto, também, as disposições dos artigos 116 e 117 do Código Penal, as quais prevêm as causas suspensivas e interruptivas da prescrição. Não fossem elas, a limitação ao dever de punir transformar-se-ia em inaceitável estímulo à impunidade.

Diante disso, torna-se evidente a ausência de lógica da tese ora refutada. Não bastasse esquecer de transportar para o ECA as regras atinentes ao cálculo da prescrição de penas já previsto no Código Penal, olvidaram-se os defensores daquela opinião de importar, em conjunto com o instituto da prescrição, suas causas de interrupção e de suspensão.

Conquanto prescritíveis, para os seus defensores atuais, no que tange às medidas do socioeducativas, para elas não haverá marco algum que interrompa a contagem de seu prazo prescricional ou mesmo suspenda o seu cálculo. A partir da data da prática do ato infracional, o prazo para o Estado exercer o seu (impróprio) *ius puniendi*, ou melhor, o seu *dever de educar*, começará a fluir ininterruptamente, até que alcance o seu termo final. Em nada interferirá o recebimento da representação, o início do cumprimento da medida aplicada nem, tampouco, a fuga do adolescente infrator de uma unidade de internação.

A fim de ser ao menos coerente com o sistema jurídico-penal, a prescrição das medidas em análise deveria trazer consigo causas interruptivas em

---

<sup>18</sup> Vide tópico II.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

analogia àquelas previstas no artigo 117 do Código Penal, tais como: (i) o recebimento da representação; (ii) a sentença de procedência recorrível; (iii) o início ou continuação do cumprimento da medida socioeducativa; (iv) a “reincidência”<sup>19</sup>.

Por sua vez, no que tange às causas de suspensão aplicáveis a essa imaginada prescrição do ECA, parece razoável admitir que o prazo prescricional não correria enquanto o infrator estivesse cumprindo medida incompatível com aquela imposta ou ainda quando não resolvida questão prejudicial da qual dependa o reconhecimento do ato infracional<sup>20</sup>.

Desta feita, inconcebível admitir-se a importação do instituto da prescrição para o ECA, como defendem alguns juristas. A falha deste posicionamento no que tange às regras complementares à prescrição revela a fragilidade dos argumentos expostos pelos defensores da tese ora repelida.

### VII - DESIGUALDADE ENTRE ADULTOS E ADOLESCENTES

A corrente favorável à “prescrição dos atos infracionais” sustenta também que a negativa desta modalidade de extinção da punibilidade gera uma desigualdade entre a responsabilização penal de um adulto e a responsabilização de um adolescente, promovendo-se desmedida injustiça.

Frágil é este argumento pois, justamente pelo fato de ser o adolescente diferenciado pela própria legislação federal como pessoa em formação (e penalmente inimputável), resta claro que deve receber tratamento desigual, na medida de sua desigualdade, quando comparado a um adulto. Enquanto a conduta deste último regula-se pelos ditames do Código Penal, a

<sup>19</sup> Eduardo R. A. Del Campo. Prescrição sócio-educativa “A súmula 338 do STJ”. *Carta Forense*, p. 42.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 42.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

conduta daquele é regulamentada por legislação específica, em razão de o adolescente encontrar-se em estágio incompleto de desenvolvimento físico, mental e moral, sem possuir capacidade plena no seu agir.

Se a própria Carta Constitucional reconheceu a diferença entre os adultos e os menores de dezoito anos, reputando imprescindível legislação de cunho protetivo e educacional no afã de respeitar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, não haveria porque colocá-los em pé de igualdade.

Ao máximo, seria respeitável a equivalência de tratamento entre eles quando de fato houvesse situação mais gravosa a ser conferida aos adolescentes em comparação aos adultos, o que de fato não sucede quanto ao instituto da prescrição. Ou seja, somente quando fosse a lei mais favorável ao adulto que àquele sem dezoito anos completos é que se poderia utilizar-se de um instituto em favor do adolescente. As medidas socioeducativas, como já dito acima, possuem finalidade predominantemente pedagógica e não punitiva, não havendo motivos para a incidência da prescrição porque inexistente, no caso, lesão ao princípio constitucional da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição da República).

Ainda deve-se atentar ao fato de que a incerteza quanto à forma correta de aplicação da prescrição com relação às medidas do Estatuto e sua crescente pluralidade de cálculos, sendo cada um deles criado ao talante do sentindo do julgador, pode provocar situação mais gravosa ao jovem infrator em relação a um adulto que pratique a mesma conduta típica. A depender do cálculo aplicado, o lapso prescricional a ser adotado como parâmetro pode ser maior que aquele aplicado ao infrator adulto, considerando que a internação não é de pronto cabível em todos os atos infracionais.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### **REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

A título de ilustração, imagine-se um ato infracional correspondente ao tipo penal do crime de dano (artigo 163, do Código Penal) e esta mesma conduta praticada por um adulto. Para o imputável, a prescrição em abstrato da pretensão punitiva estatal quanto a este crime ocorreria em 2 anos, de acordo com os ditames do artigo 109, VI, do Diploma Penal. Já com relação ao infante, se aplicado como parâmetro para se calcular o lapso prescricional o prazo máximo da medida de internação, qual seja o período de 3 anos, a prescrição ocorreria somente após decorridos 8 anos, nos termos do artigo 109, IV, do Código Penal. E ainda que se aplicasse o quanto determinado pelo artigo 115 do Código Penal, reduzindo-se este prazo em metade, o lapso prescricional adotado para o adulto, da mesma forma, seria menor que aquele fixado para o adolescente. Por via de consequência, aqui sim estaria criada uma situação mais gravosa ao adolescente, o que violaria frontalmente as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

### **VIII - DA UTILIZAÇÃO DO ARGUMENTO DA PRESCRIÇÃO PARA FUNDAMENTAR A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

Por fim, não se olvide que, em sendo adotado o critério de importação da prescrição penal (causa de extinção da punibilidade) pelo sistema processual específico do Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente pela utilização do argumento de que as medidas socioeducativas também possuem caráter punitivo, abre-se o flanco para os defensores da redução da responsabilidade penal no Brasil, indubitavelmente.

Por certo, a prevalecer o entendimento de que os adolescentes podem ser punidos pelo cometimento de atos infracionais equiparados a crimes e contravenções penais (e tanto poderiam que a aplicação das medidas preconizadas na Lei nº 8.069/90 sujeitar-se-ia a causa extintiva da punibilidade, a prescrição),



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

PUC-SP

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

ontologicamente não se distinguiriam as conseqüências cabíveis aos agentes delitivos e aos autores de atos infracionais.

Logo, se não há, na essência, diferenças entre as medidas do artigo 112 do ECA e as penas, não é absurdo concluir que os adolescentes infratores são pessoas penalmente capazes e, por via de conseqüência, faltaria apenas a formalização de tal condição, por alteração legislativa (no texto da Constituição Federal<sup>21</sup> e na legislação infra-constitucional – artigos 27 do Código Penal e 104 do Estatuto).

Maior preocupação gera tal possibilidade de entendimento, quando se atenta para o fato, inicialmente já enfatizado, de que parcela de nossa Corte Suprema decidiu recentemente pelo reconhecimento da extinção da punibilidade de inimputáveis.

### IX - CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, sublinhe-se que o silêncio da Lei nº 8.069/90 sobre a incidência da prescrição em matéria de ato infracional não significa, de forma alguma, desavisada omissão ou esquecimento do legislador. Em suma, não é lacuna a ser suprida por analogia. Antes confirma a incompatibilidade sistêmica, a inaplicabilidade do instituto penal aos processos de apuração de ato infracional e à execução das medidas socioeducativas. Omissão consentânea, aliás, com o que preconiza a legislação penal brasileira acerca da culpabilidade, em específico, da imputabilidade.

---

<sup>21</sup> Evidentemente que tal circunstância só se viabilizaria se não for considerada cláusula pétrea a norma do artigo 228 da CF.



# Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Faculdade de Direito

### REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

A adoção de entendimento diverso, como ora se vê na Suprema Corte Pátria, e o fato de ser o assunto objeto de Súmula do Superior Tribunal de Justiça, preocupa sobremaneira.

Além da possibilidade de promover injustiças, de gerar problemas específicos para a ciência penal, de produzir insegurança jurídica ante a possibilidade de abertura de ampla margem de interpretações jurisprudenciais (em cada caso concreto, dada a minudência de previsões do Código Penal sobre a matéria), mais que tudo, tende tal postura, ora combatida, a unificar (e, sendo futuramente sumulada a questão na Suprema Corte, também a engessar) o modo de entendimento dos membros do Poder Judiciário Brasileiro de forma distante dos princípios, dos fundamentos e do espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente que, em julho deste ano de 2008, completou sua “maioridade”, aos dezoito anos de idade.

### X - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL E SILVA, Antonio Fernandes do. O mito da imputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, ano 04, vol. 05, Florianópolis: AMC, 1998.

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

CURY, Munir (org.). *Infância e cidadania* n° 02. São Paulo: Inor Adopt, 1998.

DEL-CAMPO, Eduardo R. A. Prescrição sócio-educativa “A súmula 338 do STJ”. *Carta Forense*, p. 42-43, fev., 2008.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2007.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1994.



**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**  
**Faculdade de Direito**

**REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP**

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal. A nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal. Vol. 2*. São Paulo: Saraiva, 1965.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. Vol. I*. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal. Vol. I*. São Paulo: Saraiva, 1985.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do adolescente anotado*. 2º ed. rev, e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil. Adolescente e ato infracional. Garantias processuais e medidas socioeducativas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIANNA, Guaraci. *Direito infanto-juvenil – Teoria, prática e aspectos multidisciplinares*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.