

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula: Para os atos infracionais aos quais, por expressa vedação legal (art. 122, ECA), somente seriam aplicáveis em medida em meio aberto, a prescrição antes da sentença deve ser calculada com base no prazo paradigma de seis meses (mínimo para liberdade assistida e máximo para prestação de serviços à comunidade) e, portanto, aplicados os artigos 109 e 115 do CP, após o transcurso da metade do prazo mínimo legal.

ITEM DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA CORRESPONDENTE: art. 5º, VI, "c" da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

ITEM DO PLANO ANUAL DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA QUE SE INSERE: no item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação Teórica

A Súmula 338 do STJ consolidou o entendimento de que o instituto da prescrição é aplicável às medidas sócio-educativas.

Tanto assim que a E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo finalmente tem acatado esse entendimento admitindo também a aplicação do redutivo previsto no art. 115 do CP, no entanto, vem firmando o entendimento de que, independentemente do ato infracional imputado, o paradigma para o cálculo da prescrição em abstrato é o prazo máximo da medida de internação, ou seja, 3 anos (art. 121, § 3º, ECA).[1]

Analisa-se abaixo o Estatuto da Criança e do Adolescente, que regula os prazos abstratos das medidas sócio-educativas, a fim de concluir qual seria o lapso prescricional verificável antes de proferida sentença de mérito. Para tanto, estão expostas algumas das orientações possíveis acerca do tema, sendo a última a mais adequada:

a) Considerar os mesmos prazos prescricionais abstratos da lei penal

A aplicação analógica do Código Penal a fim de integrar a lacuna do Estatuto pode conduzir ao equivocado entendimento de que se devem contar os prazos prescricionais conforme as penas abstratas previstas no Código Penal, com o redutivo da menoridade relativa também por ele previsto.

No entanto, as penas previstas no Código Penal não guardam qualquer relação com o conteúdo e os prazos das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto.

Assim, o equívoco da orientação em comento consiste em considerar limites punitivos diversos daqueles previstos na lei que se pretende integrar, acabando por contrariar seus princípios.

A aplicação deste entendimento enseja a imprescritibilidade de grande parte dos atos infracionais, visto que o prazo prescricional suplantaria o limite subjetivo de aplicação do Estatuto, a exemplo da prescrição vintenária.

Além disso, como limite ao poder punitivo estatal, a prescrição não atende só ao interesse do adolescente, mas também à segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito, de modo que se devem rechaçar interpretações que proibam sua incidência.

b) Considerar como lapso prescricional abstrato o prazo máximo da medida de internação, independentemente do ato infracional imputado, levando qualquer ato infracional a prescrever em 04 anos

Esse é o entendimento evidenciado em acórdãos esparsos proferidos pelo C. STJ e subscrito atualmente pela E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça.

Todo ato infracional – que é conduta equiparada a crime ou contravenção penal – prescreveria em 04 anos, considerando a aplicação dos artigos 109, IV e 115 do Código Penal sobre o lapso prescricional abstrato de 03 anos (art. 121, § 3º, ECA).

Esse entendimento também se mostra inadequado diante dos princípios que regem o Estatuto da Criança e do Adolescente. Embora remeta à legislação penal o conceito de ato infracional (art. 103), equiparando-o ao crime ou contravenção penal, não autoriza que a eleição da medida sócio-educativa seja de qualquer forma influenciada pelas penas cominadas aos adultos pelo mesmo fato.

Tal desvinculação atende à finalidade do Estatuto em consonância com a doutrina da proteção integral, segundo a qual somente é possível a responsabilização do adolescente de maneira a não transgredir seus direitos e considerando sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Não por outro motivo o art. 112, § 1º do Estatuto estipula que:

“Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

(...)

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.” (grifo nosso)

Assim, ao contrário do que ocorre com o adulto, a escolha da resposta estatal ao adolescente que pratica ato infracional deve considerar não apenas o fato, mas principalmente o autor. O juiz deve considerar o quanto o adolescente pode suportar antes de escolher a punição proporcional ao ato cometido, daí a liberdade a ele

conferida pelo *caput* do art. 112, que é limitada objetivamente pelo art. 122 do Estatuto.

A internação, medida de maior grau aflagante prevista no Estatuto, tem cabimento limitado às hipóteses do art. 122, quais sejam, os atos cometidos com emprego de violência ou grave ameaça, ou havendo reiteração na prática de atos infracionais graves.

Logo, em respeito à coerência sistemática, o prazo prescricional abstrato da medida de internação deve respeitar as mesmas hipóteses de incidência da própria medida, e isso porque o prazo para o exercício da pretensão sócio-educativa deve ser compatível com a intervenção abstratamente possível segundo os limites legais do Estatuto.

Assim, quando os elementos típicos do ato infracional imputado e os antecedentes do adolescente não se enquadrarem nas hipóteses taxativas do art. 122, incisos I e II do ECA, deve-se considerar os prazos informados pelo Estatuto para as medidas sócio-educativas em meio aberto.

Ressalte-se que a consolidação do entendimento ora combatido levará a situações de flagrante desproporcionalidade e injustiça, justificando o prosseguimento da persecução em face de adolescente por fato que, se adulto fosse, já teria sido alcançado pela prescrição.

Esta atitude levará ao tratamento mais rigoroso do adolescente, contrariando, inclusive, a normativa internacional de direitos humanos (item 54 das Regras Mínimas das Nações Unidas Para Prevenção da Delinquência Juvenil - Regras de RIAD)

c) Considerar a medida abstratamente aplicável ao ato infracional e, sendo esta em meio aberto, considerar o lapso prescricional abstrato de 06 meses

Pelos motivos expostos a seguir, demonstraremos que esta é a tese que melhor se coaduna com os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Muito embora não haja cominação secundária abstrata como há na lei penal, o Estatuto oferece um parâmetro temporal objetivo para o cálculo da prescrição abstrata das medidas em meio aberto.

Considerando que o art. 112 do ECA ordena as medidas sócio-educativas segundo seu grau de aflagrante, temos que a medida de prestação de serviços à comunidade precede a de liberdade assistida (art. 112, III e IV, ECA) e o mesmo ocorre com seus prazos abstratos.

Nos termos do art. 117 do Estatuto, a medida de **prestação de serviços à comunidade** tem **prazo máximo de 06 meses**, e a de **liberdade assistida**, segundo o art. 118, § 2º do Estatuto, tem **prazo mínimo de 06 meses**, passível de prorrogação diante do cumprimento inadequado da medida. Por fim, as medidas de advertência e reparação de danos não comportam prazo.

A indeterminação do prazo máximo para a medida de liberdade assistida não impede a incidência da prescrição, visto que a prorrogação é condicionada a evento futuro e incerto, de modo que a prorrogação não pode ser considerada abstratamente.

Dito de outra forma, enquanto não se verifica a condição autorizadora da prorrogação, a medida de liberdade assistida tem prazo determinado de 06 meses.

Logo, o Estatuto sinaliza que, tratando-se de medida em meio aberto, deve-se tomar abstratamente o prazo de 06 meses.

Aliás, dando alguma objetividade ao princípio da brevidade, em relação à medida de internação o Estatuto sinaliza que o prazo de 06 meses é o período máximo em que o adolescente deve ser submetido à avaliação psicossocial, a fim de verificar se a privação de liberdade continua sendo adequada à sua demanda sócio-educativa atualizada (art. 121, § 2º do ECA).

Cumprir lembrar que o art. 6º do ECA estabelece como chave interpretativa desse sistema especial a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento; assim, as transformações pelas quais o adolescente passa nesta fase conturbada de sua vida devem ser consideradas.

A fim de instrumentalizar a interpretação da prescrição conforme a situação peculiar do adolescente, os dados acima evidenciam claramente que o ECA elege o prazo de 06 meses como parâmetro temporal objetivo para que as medidas em meio aberto e mesmo a de internação surtam seus efeitos.

Entretanto, o objetivo pedagógico das medidas não seria realizado não fosse a indeterminação temporal das medidas (exceto a de prestação de serviços à comunidade) que permite sejam prorrogadas ou extintas, conforme a reavaliação da demanda sócio-educativa.

Este esforço interpretativo não configura manobra em favor da impunidade, mas a aplicação do instituto da prescrição em conformidade com o princípio da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento do adolescente.

Isto porque, a adolescência é uma fase marcada pela transgressão, devido à instabilidade transitória da personalidade, o que é absolutamente comum a despeito da realidade infracional.

Os acontecimentos da adolescência desenham um quadro propício à emergência de comportamentos transgressores. O seguinte parecer de um psicanalista renomado explicita melhor esse aspecto:

“Entendemos a conduta impulsiva típica do adolescente como vinculada intrinsecamente a vicissitudes de sua crise de identidade. Como sabemos, o processo puberal provoca uma situação de caos intrapsíquico, transitório e reversível, mas que marca indelevelmente o comportamento do indivíduo nesta fase do desenvolvimento. De um lado o pressionam as pulsões instintivas exacerbadas e, de outro lado, as exigências familiares quanto a um novo e desconhecido posicionamento social, sem que ele conte

ainda com um equipamento cognoscitivo e um patrimônio afetivo capaz de ajudá-lo a absorver efetivamente essa dupla tempestade endo e exopsíquica que o atormenta. O adolescente, então atua. E, atuando, delinqüe.” [2]

Portanto, partindo-se da constatação de que são realidades sociais distintas as condutas ilícitas praticadas por adolescentes e por adultos, decidiu-se por sistemas legais diferenciados de responsabilização para pessoas em diferentes estágios da formação da personalidade.

E, de fato, crime cometido na adolescência é substancialmente distinto de crime cometido na maturidade.

Este é o conteúdo da peculiar condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento, por isso, o processo sócio-educativo demasiadamente atrasado encontra adolescente, ou até mesmo o jovem-adulto, cuja personalidade já difere muito daquela contemporânea à prática do ato infracional, vivendo em contexto completamente diferente.

Daí dizer que a contemporaneidade entre o fato e a medida é requisito essencial para que o processo sócio-educativo faça sentido na sistemática do ECA.

Em duas oportunidades a Câmara Especial do TJ/SP subscreveu este entendimento. Tem-se abaixo trecho do v. acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível nº 153.999-0/0-00, da relatoria do Des. Ademir de Carvalho Benedito, julgado em 17/12/2007, do qual se transcreve a seguir trecho do v. acórdão:

“Para se analisar a ocorrência da prescrição, sem que houvesse sentença de mérito, considera-se que, pela prática de conduta de lesões corporais, o MM. Juiz de primeiro grau aplicaria ao adolescente a medida sócio-educativa de liberdade assistida pelo prazo de seis meses.

Desta feita, em vista o disposto no art. 110 do Código Penal, supondo-se que o adolescente viesse a receber a aplicação de medida sócio-educativa de liberdade assistida pelo prazo máximo de seis meses nos termos do art. 117 do ECA, além da redução do prazo prescricional à metade ante a menoridade penal, conforme se depreende da leitura dos artigos 109, VI, combinado com o artigo 115, ambos do Código Penal, a prescrição dela se operaria em um ano.”

Mais recentemente o Des. Eduardo Pereira Santos, no julgamento da Apelação Cível nº 154.214-0/6-00, julgada em 10/03/2008, reafirmou a tese aqui defendida:

“MENOR. Ato infracional. Reconhecimento da prescrição da pretensão sócio-educativa. Possibilidade. Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça. Medidas sócio-educativas em meio aberto. Prescrição em 01 ano. Recurso não provido.”

Assim, o instituto da prescrição deve ser aplicado conforme essa peculiaridade, e, antes da sentença condenatória, a medida sócio-educativa abstratamente aplicável ao ato imputado ao adolescente deve ser considerada como parâmetro abstrato para o cálculo da prescrição, e, sendo esta medida em meio aberto, considerado o prazo abstrato de 06 meses.

O C. STJ apreciou esta tese uma vez no mérito e duas vezes liminarmente, e nos três casos o prazo prescricional já havia transcorrido inclusive considerando a pena abstratamente cominada ao crime.

O entendimento aqui defendido não foi adotado completamente, no entanto, o STJ flexibilizou a posição da Câmara Especial do TJ paulista decidindo que, em casos como os apresentados a prescrição deveria ser reconhecida a fim de não dispensar tratamento mais rigoroso ao adolescente do que o reservado para o adulto.

Abaixo, as decisões mencionadas acima:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A CONTRAVENÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

I - As medidas sócio-educativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, *a fortiori*, no caso de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. (Precedentes).

II - "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas" (Súmula n. 338/STJ).

III - O disposto no art. 115 do CP é aplicável ao cálculo do prazo prescricional da medida sócio-educativa. (Precedentes).

IV - Para evitar a criação de situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, deve ser considerado, para fins de prescrição, o prazo da pena máxima in abstrato, se inferior ao prazo máximo da medida sócio-educativa de internação. *In casu*, o paciente foi representado por ato infracional equiparado a contravenção, cuja pena máxima in abstrato é de dois meses de prisão simples. O prazo prescricional é, portanto, de 01 (um) ano.

V - Os fatos imputados ao adolescente têm como data limite 05/04/2005 (cessação da continuidade delitiva). A representação foi recebida em 14/07/06. Assim, resta claro que ocorreu a prescrição. Habeas corpus concedido.”

(HC nº 93.281/SP, Felix Fischer, 5ª T, julgado em 15.05.2008, DJe 04.08.2008)

Decisão concessiva da liminar:

“Cuida-se de habeas corpus impetrado em favor de M. T. de L., representado pela prática de ato infracional equiparado a lesão corporal leve, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, objetivando o restabelecimento da decisão que reconheceu a prescrição da pretensão sócio-educativa.

A liminar, na via eleita, não tem previsão legal, sendo criação da jurisprudência para casos em que a urgência, necessidade e relevância da medida se mostrem evidenciadas de forma indiscutível na própria impetração e nos elementos de prova que a acompanham.

Na hipótese, o constrangimento, da análise dos elementos de convicção carreados aos autos, ao que parece, está presente, mostrando-se importante, dada a relevância da argumentação relativa à prescrição da aplicação de medida sócio-educativa, suspender os efeitos do acórdão.

Ante o exposto, defiro a liminar para, até o julgamento definitivo do writ, suspender os efeitos do acórdão atacado.”

(HC nº 113.685/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 15/09/2008)

Decisão concessiva da liminar:

“Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado em favor de H. T. D., apontando como autoridade coatora a Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que o Ministério Público ofereceu representação em desfavor do paciente, atribuindo-lhe a prática do ato infracional análogo ao crime de ameaça, previsto no artigo 147 do Código Penal, por fato ocorrido aos 16.5.2006. A representação foi inicialmente rejeitada pelo magistrado monocrático, tendo em vista o não-oferecimento do instituto da remissão ao paciente. Contra esta decisão o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que recebeu a representação e determinou o prosseguimento do processo. Com o retorno dos autos ao juízo singular, este declarou a prescrição da pretensão sócio-educativa, nos termos do artigo 109, inciso VI, e artigo 115, ambos do Código Penal. O representante do *parquet* estadual interpôs novo recurso de apelação, ao qual foi dado provimento para declarar que a prescrição, no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser regulada pelo prazo da medida de internação.

Sustenta a impetrante a ocorrência da prescrição da pretensão estatal, aduzindo que, uma vez admitido tal instituto no âmbito das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do

Adolescente, nos termos do entendimento cristalizado no enunciado da Súmula n. 338 desta Corte, o lapso temporal deve ser regulado em razão da provável medida a ser aplicada.

Assim, como na hipótese o ato infracional atribuído ao paciente somente recomendaria a aplicação de medida sócio-educativa em meio aberto, o lapso prescricional seria estipulado com base no prazo de 6 meses, previsto para a liberdade assistida. Alega que, embora tal prazo seja o mínimo previsto, a sua prorrogação seria condicionada a evento futuro e incerto, não podendo, portanto, ser considerada abstratamente.

Diante de tais considerações, defende que a prescrição da pretensão estatal, *in casu*, ocorreria em um ano, nos termos dos artigos 109, inciso VI e 115, ambos do Código Penal.

Assevera, ainda, caso o paciente fosse maior de idade à época dos fatos, que a prescrição da pretensão punitiva estatal para o crime em comento ocorreria também no prazo de um ano, tendo em vista a pena máxima abstratamente prevista para o tipo penal em questão.

Colhe-se do acórdão objurgado os seguintes excertos:

"Com o advento da Súmula nº 338 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ficou pacificado que: 'A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas'. Assim, em que pesem entendimentos contrários, e revendo posição anterior, passo a adotar o posicionamento emanado do órgão superior.

Na mesma linha de entendimento, adota-se também o critério de análise da ocorrência ou não da prescrição, manifestado pela quinta turma do STJ, considerando-se o prazo de três anos, fixado no art. 121, § 3º, do ECA, limite imposto para a permanência em medida de internação, de acordo com uma interpretação sistemática da Lei nº 8.069/90, conforme recente julgado no HC 58178/SP cujo relator foi o Ministro Gilson Dipp.

Assim, tendo em vista o disposto no art. 110 do Código Penal, considerando-se que o adolescente viesse a receber a aplicação de medida sócio-educativa de internação, medida aplicável pelo prazo máximo de três anos, além da redução do prazo prescricional à metade ante a menoridade penal, conforme se depreende da leitura dos artigos 109, IV, combinado com o artigo 115, ambos do Código Penal, a prescrição dela se operaria em quatro anos.

O fato ocorreu em 26 de maio de 2006 (fls. 1r/2r), e a representação foi recebida em 21 de maio de 2007, por determinação do v. acórdão de fls. 109/113, portanto a prescrição somente ocorrerá no dia 21 de maio de 2011.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para anular a decisão recorrida devendo o feito ter regular prosseguimento, nos termos do art. 184 do ECA." (fl. 78.)

Pretende, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão proferido pela autoridade apontada como coatora, para que se impeça o prosseguimento da representação formulada em desfavor do paciente, e, no mérito, a declaração da prescrição da pretensão sócio-educativa.

É o relatório.

Da análise dos autos, ao menos num juízo perfunctório, verifica-se que o pleito é dotado de plausibilidade jurídica, sendo hipótese de se deferir a medida de urgência.

Com efeito, depreende-se que o Tribunal de origem, admitindo a incidência do instituto da prescrição no âmbito das medidas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicou uma regra geral de cálculo do lapso prescricional, com base apenas no período máximo previsto para a medida de internação, o que daria ensejo a um único prazo prescricional para todos os atos infracionais, entendimento que vem sendo refutado por esta Corte, caso o ilícito correspondente tenha prazo prescricional inferior, conforme se depreende do seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A CONTRAVENÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

I - As medidas sócio-educativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, *a fortiori*, no caso de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. (Precedentes).

II - "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas" (Súmula n. 338/STJ).

III - O disposto no art. 115 do CP é aplicável ao cálculo do prazo prescricional da medida sócio-educativa. (Precedentes).

IV - Para evitar a criação de situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, deve ser considerado, para fins de prescrição, o prazo da pena máxima in abstracto, se inferior ao prazo máximo da medida sócio-educativa de internação. *In casu* o paciente foi representado por ato infracional equiparado a contravenção, cuja pena máxima in abstracto é de dois meses de prisão simples. O prazo prescricional é, portanto, de 01 (um) ano.

V - Os fatos imputados ao adolescente têm como data limite 05/04/2005 (cessação da continuidade delitiva). A representação foi recebida em 14/07/06. Assim, resta claro que ocorreu a prescrição.

Habeas corpus concedido. (HC 93.281/SP, Rel. Ministro FELIXFISCHER, 5ª T, julgado em 15.05.2008, DJe 04.08.2008)

Na hipótese, o ilícito correspondente ao ato infracional atribuído ao paciente recebeu abstratamente do legislador a pena máxima de 6 meses de detenção, cujo lapso prescricional ocorreria em um ano, nos termos do artigo 109, inciso VI, combinado com o artigo 115, ambos do Código Penal.

Assim, verifica-se que o pleito preambular encontra sintonia na jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n. 162.614-0/5-00, até o julgamento do mérito da impetração.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como ao Juízo da 1ª Vara Especial da Infância e da Juventude da Comarca de São Paulo/SP, solicitando-se informações ao primeiro.

Com estas, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer.”

(HC nº 116.781/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., julgado em 25/09/2008, DJe 30/09/2008)

[1] Por todas as decisões, o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 165.834-0/0-00, Rel. Luiz Antonio Rodrigues da Silva, julgado em 01/09/2008.

[2] FRASSETO, Flávio Américo. **Esboço de roteiro para a aplicação de medida sócio-educativa**. Disponível no endereço eletrônico abaixo, consultado no dia 17/09/2007, às 17:00h. http://www.abmp.org.br/sitestemplates/_engine.php3?aut=1&user=frasseto&cod_usu=382.