

Incidência das causas extintivas do direito de punir do Estado no âmbito do ato infracional

Daiana Rosa Lubini¹

Sumário: Introdução; 1 Incidência das causas extintivas do direito de punir do Estado no âmbito do ato infracional; 2 Natureza jurídica das medidas socioeducativas; 3 Incidência da prescrição, da renúncia e da decadência sobre as medidas socioeducativas; 4 Posição do TJRS e do STJ; Conclusão; Referências.

Resumo: A presente pesquisa bibliográfica tem como finalidade investigar acerca da possibilidade ou não da incidência dos institutos da prescrição e da renúncia do direito de representação nas hipóteses de ato infracional. O ato infracional consiste em condutas típicas praticadas por adolescente, aos quais aplicam-se medidas socioeducativas, como um mecanismo de ressocialização e de reeducação do adolescente em conflito com a lei. Porém a incidência da prescrição e da representação aplicadas aos imputáveis não tem previsão legal no caso dos adolescentes infratores. A questão é de veras polêmica, mas o adolescente infrator será punido com mais rigor que um adulto, já que não é beneficiado pela extinção da punibilidade através da prescrição e da renúncia do direito de representação.

Palavras-chave: adolescente infrator – medida socioeducativa – prescrição e representação

Abstract: The present bibliographical research has as purpose investigate the possibility or not of the incidence of the institutes of prescription and of the renounce of the right of representation in the hypothesis of the law infraction. The law infraction consists in conducts typically practiced by teenagers, to which social educative measures are applied, as a manner of resocialization and of reeducation of the teenager in conflict with the law. But, the incidence of the prescription applied to the imputable, do not have legal foresight of the representation of the adolescent infractor. The subject is controversial indeed, but the adolescent infractor will be punished more strictly than an adult, since the adolescent is not beneficiated by the extinction of the punishability through the prescription and the renounce of the right of representation.

Key-words: adolescent infractor – social educative measure – prescription and representation

¹ Bacharel em Direito.

Introdução

No presente trabalho, aborda-se a problemática acerca da incidência ou não dos institutos extintivos da punibilidade do réu nas hipóteses de o fato ter sido praticado por adolescente infrator, especialmente os institutos penais da prescrição e da renúncia ao direito de ação e de representação. A metodologia utilizou-se do método de abordagem dedutivo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio regulamentar a Constituição Federal de 1988, que introduziu a doutrina da proteção integral no Brasil, e em seu artigo 227, citou o dever da família, da sociedade e do Estado na concretização das garantias e direitos da criança e do adolescente. O referido dispositivo constitucional introduziu o princípio da prioridade absoluta, reconhecendo nas crianças e adolescentes a peculiar condição de pessoas em desenvolvimento. Acreditou-se que as medidas protetivas e as medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente infrator deveriam ter caráter retributivo e de ressocialização, e não o caráter da punição do adolescente em conflito com a lei.

Portanto, serão abordadas as hipóteses da incidência das causas extintivas do direito de punir do Estado no âmbito do ato infracional. Entre elas destacam-se a prescrição, a renúncia e a decadência. Para tanto, far-se-á uma análise acerca da natureza jurídica das medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente infrator, a fim de verificar se são passíveis de prescrição; de renúncia ao direito de ação e de representação, que consiste na desistência do direito de ação por parte do ofendido; e de decadência, que consiste na perda do direito de ação privada ou de representação pelo ofendido, em decorrência de não ter sido exercido no prazo legal previsto em lei, conforme o artigo 103 do Código Penal.

1 Incidência das causas extintivas do direito de punir do estado no âmbito do ato infracional

No presente capítulo, abordam-se as hipóteses da incidência das causas extintivas do direito de punir do Estado no âmbito do ato infracional. Entre as causas extintivas do direito de punir têm-se a prescrição, a renúncia e a decadência. O que se deseja saber é se essas causas extintivas de punibilidade incidem sobre as medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes infratores.

A Lei nº. 8.069/90 que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente foi responsável por uma redefinição da forma de atendimento dado a crianças e

adolescentes nas várias esferas de seus interesses, através de um sistema que implementou a teoria da proteção integral (HERINGER JUNIOR, 2000, s. p.).

O Estatuto da Criança e do Adolescente em conformidade com a Constituição Federal de 1988, apresentou uma nova concepção jurídica à criminalidade juvenil, visando assegurar ao adolescente infrator uma proteção legal com o intuito de recuperação social. Instituíram-se as medidas de proteção, previstas no artigo 101 do ECA, objetivando oferecer ao adolescente e a sua família melhores condições econômicas e psicológicas, prevenindo a criminalidade, e também as medidas socioeducativas, de caráter repressivo e similares ao código Penal, embora aparentemente distintas (AMARAL, 2007, s.p.).

Acerca do tema Konzen assevera que: “A medida socioeducativa enquanto modalidade de responsabilização pela transgressão da lei penal pode produzir para o destinatário, como consequência, a perda ou a potencialidade da perda da liberdade” (2007, p. 36). Assim, entende-se que a medida socioeducativa possui um caráter punitivo pela transgressão das normas de conduta. Consiste em privar o adolescente de algo pois cometeu um erro, isso equivale a punir. Porém nem todo castigo é de natureza penal.

Para Konzen:

Será de natureza penal a punição imposta a alguém por ordem legal de um agente estatal pela prática de um erro previamente escrito como de natureza penal e que traz a consequência da perda da liberdade ou a potencialidade da perda em razão do descumprimento, além da verbalização unilateral de juízo de valor de ordem moral sobre a conduta (2007, p.37).

Aplicando-se a concepção garantista e sócio pedagógica do ECA, é possível uma responsabilização eficaz do infrator. Independem do tempo de internação, mas da capacidade de mobilização subjetiva, bem como da família, da comunidade e da instituição, objetivando a ressocialização do infrator. Ao aplicar as sanções penais, haverá a pacificação social através da readequação das condutas transgressoras (BRANCHER, s.d., s.p.).

Cabe citar também a competência dos municípios para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto, de acordo com o artigo 86 do ECA.²

²Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O legislador estabeleceu que a ação deve ser conjunta, priorizando políticas sociais básicas, programas de assistência social, para aqueles que necessitem; serviços de prevenção e atendimento médico e psicossocial; proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente, entre outros, para que o princípio da proteção integral que trata o artigo 227 da Constituição Federal, recepcionado pelo artigo 3º do ECA tenha sentido. Também o princípio da prioridade absoluta citado no artigo 4º do ECA deve ser respeitado (AMARAL, 2007, s. p.)

A municipalização do atendimento implica a necessidade de o município criar um centro de atendimento ao adolescente infrator para que ele possa cumprir as medidas socioeducativas em meio aberto, como a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida, pois as medidas de internação, como a semiliberdade e a internação, são de competência do Estado, conforme o artigo 125 do ECA (AMARAL, 2007, s.p.).

Dispõe o artigo 125 do ECA que: “É dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança”.

Nas causas extintivas de punibilidade, previstas no artigo 107 do Código Penal, incluem-se a prescrição, a renúncia ao direito de agir e a decadência do direito de ação. A incidência da prescrição na medida socioeducativa gera polêmica, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente não trata especificamente sobre o assunto, determinando que se apliquem subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente, conforme o artigo 152 do ECA.

A renúncia do direito de ação e de representação consiste na desistência do direito de ação por parte do ofendido ou na falta de autorização para o Ministério Público agir. A renúncia só extingue a punibilidade quando formulada pelo ofendido ou seu representante legal (MIRABETE, 2002).

A decadência é causa extintiva de punibilidade consistente na perda do direito de ação privada ou de representação em decorrência de não ter sido exercido no prazo previsto em lei, de acordo com o artigo 103 do CP (MIRABETE, 2002).

O ECA não faz nenhuma referência sobre a hipótese de extinção do direito de ação, nem sobre a possibilidade de aplicação da prescrição às medidas socioeducativas.

2 Natureza jurídica das medidas socioeducativas

As medidas socioeducativas possuem uma natureza complexa. Alguns autores dizem que ela é uma sanção com instrumentos pedagógicos ou tem um caráter sancionatório-punitivo. Aqueles que entendem que a medida socioeducativa é uma sanção com finalidade pedagógica, aplicam-se as medidas quando ocorrer a violação de uma norma jurídica, em função da prática de uma conduta definida com típica e antijurídica. O pressuposto para a aplicação da medida socioeducativa é a prática de um ato infracional, conforme o artigo 112 do ECA. O caráter sancionatório destaca-se na conduta que é reprovada pela sociedade. A finalidade não é apenas a punição, mas a sócioeducação (AMARAL, 2007, s.p.).

Tonial apud Amaral lembra que:

A percepção de que a sócioeducação é a finalidade última da sanção, nos é dada pelo art. 100, aplicável às medidas socioeducativas por força do art. 113 do Estatuto. E o art. 123, § único, é claro ao determinar que mesmo nas internações provisórias as atividades pedagógicas são obrigatórias. Dir-se-á, então, que a medida socioeducativa, seja qual for, tem uma natureza híbrida: pedagógico-sancionatória. Em outras palavras, é uma sanção finalisticamente dirigida a uma proposta pedagógica, sem a qual não poderá ser aplicada. A sanção somente se fundamenta pedagogicamente e, como o reverso de uma mesma moeda, a medida pedagógica somente é defensável como resposta à uma conduta infracional. Há uma evidente vinculação umbilical entre uma finalidade e a outra (2007, s.d., s.p.).

As medidas socioeducativas impostas aos adolescentes quando autores de ato infracional destinam-se à formação do tratamento integral, com a finalidade de reestruturar o adolescente, de reeducá-lo para atingir a integração social. Elas têm natureza punitiva, mas são executadas com meios pedagógicos (LIBERATI, 2002, p. 100).

Gavino apud Amaral diz que no seu entendimento:

As medidas socioeducativas possuem um caráter meramente tutelar e preventivo, como instrumentos viabilizadores do Direito à Educação, garantido pelo art. 227, da Constituição Federal, e com art. 53, do Estatuto da Criança e do Adolescente que diz que “a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (...)” (1999, p. 151).

Entretanto, as medidas socioeducativas têm natureza penal, pois além do caráter educativo, ela possui também um caráter retributivo, expiatório.

Konzen afirma que:

As medidas socioeducativas, todas elas, são conseqüências de natureza penal, porque privativas de liberdade (como a internação em estabelecimento educacional e a inserção em regime de semiliberdade), restritivas (como a liberdade assistida e a prestação de serviços à comunidade) ou com o potencial de acarretar a perda de liberdade em razão do descumprimento (como a obrigação de reparar o dano). Também é de natureza penal a advertência, pela verbalização unilateral de juízo de ordem moral (2007, p. 38).

As medidas socioeducativas são uma resposta pela prática do ato infracional, uma maneira de responsabilizar o adolescente, através da restrição ou privação de sua liberdade.

Volpi entende que:

As medidas socioeducativas são aplicadas e operadas de acordo com as características da infração, circunstâncias sociofamiliar e disponibilidade de programas e serviços em nível municipal, regional e estadual. As medidas socioeducativas comportam aspectos de natureza coercitiva, uma vez que são punitivas aos infratores, e aspectos educativos no sentido da proteção integral e oportunidade, e do acesso à formação e informação. Sendo que em cada medida esses elementos apresentam graduação de acordo com a gravidade do delito cometido e/ou sua reiteração (1997, p. 20).

Os regimes socioeducativos devem garantir o acesso do adolescente às oportunidades para superar a exclusão social. É fundamental o envolvimento familiar e comunitário, mesmo quando privado de sua liberdade, o adolescente deverá realizar atividades externas. Os programas socioeducativos deverão utilizar o princípio da incompletude institucional, caracterizado pela utilização de serviços como saúde, educação, defesa jurídica, trabalho, entre outros na comunidade (VOLPI, 1997).

Os programas socioeducativos de privação de liberdade devem prever os aspectos de segurança, na proteção da vida dos adolescentes e dos trabalhadores, cuidando também dos aspectos arquitetônicos das instalações e formas de contenção sem violência. As unidades de aplicação das medidas devem respeitar o princípio da não discriminação, evitando rótulos que marcam os adolescentes e os expõem a situações constrangedoras, dificultando a inclusão social (VOLPI, 1997).

Saraiva afirma que:

Desde o advento do ECA, vige o princípio da legalidade ou da anterioridade penal. Ou seja, somente haverá medida socioeducativa se ao adolescente estiver sendo atribuída a prática de uma conduta típica. Ainda assim, para sofrer a ação estatal visando a sua socioeducação haverá de esta conduta ser reprovável, ser passível desta resposta socioeducativa que o Estado sancionador pretende lhe impor, na medida em que o Ministério Público, na Representação que oferece, deduz a pretensão socioeducativa do Estado em face ao adolescente ao qual atribui a prática de ato infracional (2002, p. 65).

A conduta deve ser típica e antijurídica. Não pode se enquadrar nas justificadoras legais, que são as causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal.³ Exemplo: um jovem que age em legítima defesa, assim como o imputável, deverá ser absolvido, mesmo praticando um fato típico, pois não se tratará de ato infracional, conforme artigo 189, inciso III, do ECA⁴ (SARAIVA, 2002, p. 66).

Caapez conceitua o crime sob três aspectos: material, formal e analítico.

Aspecto material: é aquele que busca estabelecer a essência do conceito, isto é, o porquê de determinado fato ser considerado criminoso e outro não.

Aspecto formal: o conceito de crime resulta da mera subsunção da conduta ao tipo legal e, portanto, considera-se infração penal tudo aquilo que o legislador descrever como tal, pouco importando o seu conteúdo.

Aspecto analítico: é aquele que busca, sob um prisma jurídico, estabelecer os elementos estruturais do crime (2005, p. 107).

³ Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

⁴ Art. 189. A autoridade judiciária não aplicará qualquer medida, desde que reconheça na sentença:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato ato infracional;

IV – não existir prova de ter o adolescente concorrido para o ato infracional.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, estando o adolescente internado, será imediatamente colocado em liberdade.

A culpabilidade não integra o conceito de crime. Entende-se que crime é fato típico e ilícito ou antijurídico.

Capez estabelece que “se a culpabilidade fosse elemento do crime, aquele que, dolosamente, adquirisse um produto de roubo cometido por um menor não cometeria receptação, pois se o menor não pratica crime, ante a ausência de culpabilidade, o receptor não teria adquirido um produto desse crime” (2005, p. 108).

Contudo, se um adolescente comete um fato, típico e antijurídico, mas não reprovável por ausência de culpabilidade, não caberá a imposição de medida socioeducativa, assim como para um adulto não caberá imposição de pena. Não haverá culpabilidade, conseqüentemente, não haverá sanção socioeducativa quando houver na conduta do adolescente erro inevitável sobre a ilicitude do fato, de acordo com o artigo 21 do CP (SARAIVA, 2002).

Saraiva afirma que:

Faz-se pacífico que Medida Socioeducativa se constitui em um sancionamento estatal, tanto que somente o Judiciário pode impô-la, mesmo nos casos em que esta venha a ser concertada pelo Ministério Público em sede de remissão (2002, p. 67).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê dois grupos de medidas socioeducativas, que são as em meio aberto, não privativas de liberdade como a advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida; e as privativas de liberdade que são a semiliberdade e a internação (SARAIVA, 2002).

A advertência é a mais branda das medidas elencadas pelo artigo 112 do ECA. Constitui uma medida admoestatória, informativa, formativa e imediata, sendo executada pelo juiz da infância e da juventude. Deverá ser reduzida a termo e assinada pelas partes (VOLPI, 1997).

A reparação do dano se faz pela restituição do bem, do ressarcimento ou compensação da vítima. É uma medida coercitiva e educativa, levando o adolescente a reconhecer o erro e repará-lo, sendo intransferível e personalíssima. Em alguns casos, recomenda-se aplicação conjunta das medidas de proteção, previstas no artigo 101 do ECA (VOLPI, 1997).

As medidas de prestação de serviços à comunidade e de liberdade assistida são mais eficazes e eficientes entre as propostas pela lei. Prestar serviços à comunidade constitui uma medida comunitária e educativa, tanto para o infrator como para a comunidade, que poderá se responsabilizar pelo desenvolvimento

integral do adolescente. A liberdade assistida é uma medida coercitiva quando se verifica a necessidade de acompanhamento da vida social do adolescente, seja na escola, no trabalho e na família. Esse acompanhamento personalizado garante proteção, inserção comunitária, frequência escolar, manutenção dos vínculos familiares, inserção no mercado de trabalho e cursos profissionalizantes. (VOLPI,1997).

Saraiva entende que na prestação de serviços à comunidade e na liberdade assistida inicia-se com uma audiência admonitória, em que o adolescente é apresentado ao orientador judiciário.⁵

A semiliberdade e o internamento são aplicáveis diante de situações graves, seja para a segurança social, seja para a segurança do próprio adolescente infrator, observando-se o artigo 122, incisos I a III do ECA, aplicado nos casos de ato infracional praticado com violência à pessoa ou grave ameaça (SARAIVA, 2002).

A semiliberdade possui aspectos coercitivos, pois afasta o adolescente do convívio familiar e da comunidade, restringindo a liberdade, porém não o priva do direito de ir e vir. Igualmente como na internação, os aspectos educativos oportunizam o acesso a serviços, organização da vida, entre outros. Os programas de semiliberdade devem envolver os serviços e programas sociais (VOLPI, 1997).

A decisão do internamento deverá ocorrer como última alternativa, conforme o artigo 121 do ECA, considerando o princípio da excepcionalidade, da brevidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

3 Incidência da prescrição, da renúncia e da decadência sobre as medidas socioeducativas

O Estatuto da Criança e do Adolescente não resolveu o problema da prescrição da medida socioeducativa. A medida socioeducativa tem natureza

⁵ Como na Prestação de Serviços à Comunidade, a Liberdade Assistida tem início em uma audiência admonitória, onde o adolescente é apresentado a seu orientador judiciário e na qual são estabelecidas as combinações iniciais sobre o cumprimento da medida, sendo, como na Prestação de Serviços à Comunidade, advertido da necessidade de cumprimento dessas combinações, sob pena, inclusive, de regressão da medida.

A manutenção de adolescentes infratores adequadamente assistidos, comprometendo-se a sociedade com esses programas, alcança sucesso na medida em que não se faça da medida de Liberdade Assistida um simulacro de atendimento, como muitas vezes se faz em relação aos imputáveis colocados em sursis (2002, p. 79).

pedagógica, logo não poderá estar sujeita ao instituto da prescrição, senão quando da perda definitiva da possibilidade de aplicá-la em face da maioridade do adolescente, que irá se tratar de outro instituto, a decadência (FRANCISCO DA SILVA, s.d., s.p.).

Digiácomo apud Saraiva afirma que admitir a incidência de prazos prescricionais à medida socioeducativa seria forma de se possibilitar uma intromissão do direito penal na seara da infância e juventude, algo completamente refutado pela atual ideologia da proteção integral. De outro lado, o Estado estaria assumindo uma falha ao abrir mão do seu dever de proporcionar ao adolescente infrator uma resposta sociopedagógica (2002, p. 38).

Para outros, porém, medida socioeducativa tem finalidade pedagógica, mas também sancionatória e retributiva.

No entendimento de Saraiva sobre o caráter retributivo tem-se que:

Evidentemente que a caracterização de ato infracional impõe, para fins de aplicação de medida socioeducativa, ante seu inequívoco caráter retributivo, que a conduta seja não apenas típica, mas antijurídica, ou seja, que não tenha o autor da conduta agido sob o pálio de alguma excludente da antijuridicidade. Há, ainda, que se levar em conta os elementos da culpabilidade. Inobstante os argumentos dos opositores do chamado Direito Penal Juvenil, adotado pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), faz-se certo que os elementos integradores da culpabilidade, à exceção da imputabilidade – de natureza biológica -, quais sejam, exigibilidade de conduta diversa, reprovabilidade da conduta e consciência da ilicitude, não de ser considerados para a caracterização do ato infracional, pois, do contrário, se impõe um juízo absolutório, por inexistir ato infracional (2002, p. 31).

Se não houvesse finalidade sancionatória, restando apenas o caráter pedagógico, ao tempo em que se trata de medidas de cunho repressor, melhor seria que não existissem, limitando-se, portanto, a aplicação de medidas de proteção, exaustivamente descritas no art. 101, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Aliás, estas medidas com maior caráter pedagógico buscam superar situações de violações ou ameaças de direitos à criança e ao adolescente, seja em virtude de ação ou omissão dos pais, responsáveis, do Estado, da sociedade ou em razão da própria conduta do infanto-juvenil, conforme art. 98, ECA (FRANCISCO DA SILVA, s.d., s.p.).

É um equívoco pensar que as medidas socioeducativas não são punitivas. O instituto da prescrição presente nos sistemas jurídicos do mundo democrático,

como direito e garantia individual previsto expressamente na Constituição Federal, só não é aplicado ao crime de racismo citado no art. 5º, XLII, que é imprescritível.

A CF no art. 5º, *caput*, diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Já no art. 3º do ECA se tem que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral”. Disso se pode inferir que esses preceitos incidem sobre todos os direitos e garantias individuais à criança e ao adolescente, como pessoas em desenvolvimento, destacando o princípio da proteção integral.

O ECA no art. 4º ressalta o princípio da absoluta prioridade no atendimento aos direitos fundamentais da população infanto-juvenil. Assim, a criança e o adolescente têm preferência e prioridade em qualquer forma de atendimento, especialmente quanto às normas processuais, pois conforme o art. 227, § 3º, incisos IV e V da CF, o direito a proteção integral tem “garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica”, bem como “obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. Assim, o excesso de prazo, em que incida a prescrição, constitui afronta ao preceito constitucional prioridade absoluta (FRANCISCO DA SILVA, s.d., s.p.).

O art. 183 do ECA diz que: “O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de quarenta e cinco dias”.

Não havendo internação provisória, não há menção de prazo. Na fase de execução da medida socioeducativa somente por negligência do poder público em fazer cumprir a medida, fiscalizando e acompanhando a execução, é que poderá ocorrer delonga do prazo. Assim, seja qual for a fase do procedimento, o excesso de prazo que pode gerar a ocorrência de prescrição, só se debita a ineficiência do sistema do direito punitivo juvenil, tendo o procedimento preferência sobre qualquer outro do juízo (FRANCISCO DA SILVA, s.d., s.p.).

Brancher nos ensina que “ampliar o prazo de internação para mais de três anos pode ser insuficiente, numa perspectiva retributiva, para crimes contra a vida, notadamente cometidos com crueldade ou violência desmedida ou gratuita, ou, ainda, em situação de reincidência” (ARTIGO, s.d, s. d.).

Brancher também nos relata que:

O limite legal da internação socioeducativa em 3 anos, e a dinâmica de sujeitar o adolescente a revisões semestrais da medida, sempre objetivando a liberdade, está fundado num pressuposto que precisa ser rediscutido, que é o do viés exclusivamente pedagógico das medidas

socioeducativas, as quais focalizariam exclusivamente os interesses e direitos individuais do infrator (ARTIGO, s.d., s.p.).

Observa-se que as medidas socioeducativas, sendo uma modalidade de sanções penais, devem atender a garantia de ordem pública. O viés retributivo é compatível com a aplicação do princípio da proporcionalidade, relativo à gravidade do fato e a trajetória pessoal do adolescente infrator. O prazo máximo da reavaliação judicial da medida socioeducativa é de 6 meses (BRANCHER, s.d., s.p.).

O Superior Tribunal de Justiça admite a incidência de prescrição sobre as medidas socioeducativas. A Súmula nº 338 do STJ diz que: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”.

Na mesma senda, a Corte Superior de São Paulo julgou procedente um pedido de *habeas corpus*, devido ao caráter retributivo e repressivo das medidas socioeducativas, entendendo que, mesmo não tendo:

A mesma natureza e intensidade das penas estabelecidas no Código Penal, pois devem ser regidas pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e observância da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (...), preservado o escopo principal das medidas sócio-educativas (pedagógico), não há como negar o seu caráter repressivo (punitivo); admiti-lo, inclusive, é útil não só aos autores de atos infracionais (adolescentes), mas também às vítimas de tais condutas ilícitas. Assim, as medidas sócio-educativas são, tanto quanto as sanções penais, mecanismos de defesa social, porquanto permitem ao Estado delimitar a liberdade individual do adolescente infrator (STJ - Habeas corpus n. 45.667 - SP (2005/0113432-3). Relator: Min. Nilson Naves).

Para o mesmo Tribunal, os infratores submetidos às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente não podem ser tratados de forma mais severa que os adultos (imputáveis) regidos pelo Código Penal, quando praticam atos análogos, circunstância que aponta no sentido da aplicação analógica das normas penais relativas à prescrição (REsp nº 602.178/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 17/05/2004, p. 281 e REsp nº 451.136/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, dt. dec. 30/06/2004).

Outro posicionamento relativo à prescrição foi tomado pelo TJRS, que editou a Súmula nº 32, após julgamento de Incidente de Uniformização de Jurisprudência julgado pelo 4º Grupo Cível do TJRS, em que reconheceu por unanimidade a aplicação do instituto da prescrição às medidas socioeducativas previstas no ECA, sem o redutor decorrente da menoridade (TJRS, 2006).

A Súmula nº 32 diz que:

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.

Quanto à renúncia do direito de representação, Mirabete ensina que:

O ato unilateral é a desistência, a dedicação do ofendido ou seu representante legal do direito de originar a ação penal privada. Por isso, não cabe a renúncia quando se trata de ação pública condicionada a representação, já que se refere a lei apenas à ação privada" (2002, p. 393).

O direito de renúncia só pode ocorrer antes de iniciada a ação penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente silenciou na hipótese de renúncia ao direito de representação do ofendido contra o adolescente infrator. Apenas cita a hipótese de remissão ou arquivamento, de acordo com os artigos 180 e 182.6

Quanto à decadência do direito de representação, que também é uma das causas extintivas de punibilidade do art. 107 do CP, entende-se que é a perda do direito de ação, por não havê-lo exercido o ofendido durante o prazo legal.

A regra geral está estabelecida no art. 103 do CP: "salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai o direito de queixa ou de representação se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contados do dia em que veio a saber quem é o autor do crime".

Mirabete ensina que: "Para a declaração da decadência é indispensável prova inequívoca no sentido de que o ofendido, apesar de ciente da autoria, não atuou no prazo legal" (2002, p.388).

⁶ Art. 180. Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:

I – promover o arquivamento dos autos;

II – conceder a remissão;

III – representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa.

Art. 182. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa que se afigurar a mais adequada.

A renúncia do direito de queixa consiste na desistência da propositura da ação penal privada. Ela pode ser expressa ou tácita e só existe se realizada antes de iniciada a ação penal privada. A decadência é a perda do direito de ação penal privada ou representação pelo não exercício no prazo legal de 6 meses, que é a regra geral com raras exceções (ARTIGO, s.d. s.p.).

Da mesma forma que não tratou da renúncia do direito de representação, o Estatuto da Criança e do Adolescente não faz referência à decadência do direito de representação, talvez pelo simples fato de que a ação judicial para apuração de ato infracional será para sempre pública, a cargo do Ministério Público, enquanto a renúncia e a decadência vinculam-se às ações privadas.

4 Posição do TJRS e do STJ

No entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, prevalece o posicionamento em relação à aplicação do instituto da prescrição a alguns atos infracionais praticados pelo adolescente. Porém são poucos os acórdãos encontrados nesse sentido.

Conforme o TJRS observa-se que:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL. PRESCRIÇÃO. A aplicabilidade dos prazos prescricionais às **medidas socioeducativas** se impõe, tendo em vista o enunciado da Súmula 32, deste Tribunal, e, na mesma linha, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que assim também decidiu, a teor da Súmula 338. REMISSÃO. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. No caso em apreço, verifiquo que mesmo com a causa interruptiva, ocorreu a prescrição, levando-se em conta a data de recebimento da representação e a data da sentença, conforme o previsto pelo art. 109, VI e 115, ambos do Código Penal. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70023447592, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 05/06/2008).

EMENTA: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ECA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Mantém-se a decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento por que em consonância com a orientação jurisprudencial deste Tribunal. 2. Inexiste a alegada prescrição se entre a data da prática do ato infracional e o recebimento da representação não tiver transcorrido o prazo prescricional aplicado às **medidas socioeducativas** de internação, que, já considerando o redutor, é de quatro anos, nos termos do art. 109, IV, c/c art. 115 do Código Penal. Recurso desprovido. (Agravo Nº 70023068257, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 17/04/2008).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRAACIONAL. PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IN CONCRETO. A Súmula nº 338 do STJ pacificou a questão da aplicabilidade do instituto da prescrição às **medidas socioeducativas**. Considerando que a sentença aplicou medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade com prazo certo de 05(cinco) meses. Nos termos do art. 109, VI, c/c art. 115, do Código penal, a prescrição se opera em 01(um) ano. No caso, tendo transcorrido mais de ano entre o recebimento da representação e a prolação da sentença, impõe-se reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão socioeducativa do Estado, de ofício, extinguindo-se o feito, prejudicada a análise do recurso voluntário. FEITO EXTINTO PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022520225, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/03/2008).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRAACIONAL. PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IN CONCRETO. A Súmula nº 338 do STJ pacificou a questão da aplicabilidade do instituto da prescrição às **medidas socioeducativas**. Considerando que a sentença aplicou medida socioeducativa com prazo certo de 02(dois) meses, nos termos do art. 109, VI, c/c art. 115, do Código penal, a prescrição se opera em 01(um) ano. No caso, tendo transcorrido mais de ano entre o recebimento da representação e a prolação da sentença, impõe-se reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, de ofício, extinguindo-se o feito, prejudicada a análise do recurso voluntário. FEITO EXTINTO PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022063598, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 20/02/2008).

Já no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem-se o seguinte:

EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. INTERNAÇÃO-SANÇÃO. EXTINÇÃO DA REFERIDA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. ALEGADA PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. ART. 122, § 1º, ECA. LAPSO TEMPORAL MÁXIMO DE TRÊS MESES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Esta Corte de Justiça firmou o entendimento de que "A prescrição penal é aplicável nas **medidas** sócio-educativas" (Súmula 338/STJ).

2. Sedimentou-se, ainda, a orientação de que o prazo prescricional deve ter por parâmetro, tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem

termo, a duração máxima da medida de internação (três anos), ou, havendo termo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença.

3. No caso, não restou demonstrada a ocorrência da alegada prescrição, uma vez que a sentença transitou em julgado em 17/12/03, portanto, ainda, não transcorrido o lapso temporal de quatro anos, persistindo a razão de ser da aplicação da referida medida socioeducativa.

4. O Capítulo IV do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ao tratar das **medidas socioeducativas**, autoriza, no art. 113, a aplicação do disposto nos arts. 99 e 100 do mesmo diploma legal, admitindo, assim, a possibilidade de substituição das **medidas** aplicadas aos menores infratores "a qualquer tempo" (ECA, art. 99), levando-se sempre em consideração, é claro, "as necessidades pedagógicas" (ECA, art. 100).

5. As hipóteses de cabimento da medida socioeducativa de internação encontram-se taxativamente elencadas no art. 122 do ECA, devendo ser observado o limite de 3 (três) meses (ECA, art. 122, § 1º), quando a aplicação da referida medida decorrer de descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (ECA, art. 122, III), sob pena de configurar evidente constrangimento ilegal.

6. Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o prazo máximo de três meses para o cumprimento da medida socioeducativa de internação.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. EXTINÇÃO DA REFERIDA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. ALEGADA PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O Superior Tribunal tem entendimento de que, para a aplicação das **medidas socioeducativas** previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, leva-se em consideração apenas a idade do menor ao tempo do fato (ECA, art. 104, parágrafo único), sendo irrelevante a circunstância de atingir o adolescente a maioridade civil ou penal durante seu cumprimento, tendo em vista que a execução da respectiva medida pode ocorrer até que o autor do ato infracional complete 21 (vinte e um) anos de idade (ECA, art. 2º, parágrafo único, c/c os arts. 120, § 2º, e 121, § 5º).

2. Esta Corte de Justiça consolidou sua jurisprudência no sentido de que "A prescrição penal é aplicável nas **medidas** sócio-educativas" (Súmula 338/STJ).

3. Sedimentou-se, ainda, a orientação de que o prazo prescricional deve ter por parâmetro, tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem termo, a duração máxima da medida de internação (três anos), ou, havendo termo, a duração da medida socioeducativa estabelecida pela sentença.

4. No caso, não restou demonstrada a ocorrência da alegada prescrição, uma vez que a sentença foi proferida em 3/3/04, portanto, ainda,

não transcorrido o lapso temporal de quatro anos, persistindo a razão de ser da aplicação da referida medida socioeducativa.

5. A mera expedição de mandado de busca e apreensão não caracteriza constrangimento ilegal, uma vez que, cumprido o referido mandado, o menor deverá ser apresentado ao Juízo singular que, após a sua prévia oitiva, decidirá acerca da possibilidade de reavaliação da medida socioeducativa imposta.

6. Ordem denegada, ante a ausência de constrangimento ilegal.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. As Sras. Ministras Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Da análise dos citados posicionamentos, observa-se que em alguns casos está sendo admitida a hipótese de aplicação do instituto da prescrição às medidas socioeducativas.

O STJ e o TRJS utilizam-se da Súmula 338 do STJ, para sustentar afirmação de que deve ser aplicada a prescrição. A citada súmula diz que: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”. Entendem os tribunais que o adolescente infrator não deve ser penalizado com mais rigor do que o adulto infrator, e deve ser beneficiado com a aplicação da prescrição da medida socioeducativa.

Assim, pode-se observar que, quando a prescrição for aplicada às medidas socioeducativas será utilizado o seguinte critério: o adolescente poderá ficar internado, no máximo, até 03 (três) anos, conforme o art. 121, § 3º do ECA. Aplicando-se o art. 109, inciso IV do CP, tem-se que a prescrição será em 08 (oito) anos, se o máximo da pena for superior a 02 (dois) e não exceder a 04 (quatro) anos. E ainda, de acordo com o art. 115 do CP são reduzidos pela metade os prazos da prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos. Então, pode-se inferir que o adolescente poderá ficar preso, no máximo, até 04 (quatro) anos, o que será considerado pouco tempo para o cumprimento da pena, se forem observados os crimes de maior gravidade como, por exemplo, o homicídio.

Para finalizar, cabe ressaltar que, após várias tentativas, não foram encontrados acórdãos do TJRS e do STJ, que tratem dos institutos da renúncia do direito de representação, e nem da decadência das medidas socioeducativas.

Conclusão

Os atos infracionais que correspondem a crimes de ação privada e de ação pública condicionada à representação da vítima geram aplicação de medidas socioeducativas contra os adolescentes mesmo contra a vontade das vítimas, enquanto que para o imputável, a renúncia ao direito de queixa ou de representação gera a extinção da punibilidade contra o autor do crime.

Para finalizar, cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já estão utilizando a Súmula 338 do STJ para sustentar a afirmação de que deve ser aplicada a prescrição às medidas socioeducativas, pois acreditam que o adolescente infrator não deve ser penalizado com mais rigor do que o adulto infrator, sendo, então, beneficiado com a aplicação da prescrição da medida socioeducativa. Deverá se observado o artigo 121, § 3º do ECA, juntamente com os artigos 109, IV e 115 do CP, para estabelecer a prescrição máxima da pena aplicada ao adolescente infrator, que, no caso, não poderá ultrapassar 04 (quatro anos), independente da gravidade do crime cometido. Quanto aos institutos da renúncia e da decadência ao direito de ação e de representação, não foram encontrados julgados relativos a esses temas.

Referências

ARTIGO SOBRE RENÚNCIA. Disponível em: < <http://www.geocities.com/CollegePark/Lab/7698/pro35.htm> - 33k - Acesso em: 14 abr. 2008.

BRANCHER, Leoberto. **Artigo sobre a responsabilização de adolescentes e jovens no Brasil.** Disponível em: < http://www.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_reducao_maioridade_40.html - 15k - Acesso em: 26 mar. 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** Parte geral. 8 ed. vol. 1. São Paulo, 2005.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Criança acusada da prática de ato infracional: como proceder.** Disponível em: <http://jjj.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/DOCTRINA/CRIAN%C7A+ACUSADA+DA+PR%C1TICA+DE+ATO+INFRACIONAL++COMO+PROCEDER.HTM - 38k - Acesso em: 07 nov. 2007.

DO AMARAL, Nelson Santana. **Teoria e prática das medidas socioeducativas em meio aberto.** Disponível em: < <http://www.amab.com.br/amab2006/artigos.php?fazer=det&cod=140> - 43k Acesso em: 14 abr. 2008.

FRANCISCO DA SILVA, Denivaldo. **Artigo sobre prescrição**. Disponível em: < HTTP:

www.portalgepec.org.br/artigos/prescricao_da_medida_socioeducativa.pdf

Acesso em: 14 abr. 2008.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico: elaboração e formatação**. 14 ed. Porto Alegre, 2007.

HERINGER JUNIOR, Bruno. **Algumas questões controvertidas do ECA**. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=155-65k> Acesso em: 10 mar. 2008.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006

SARAIVA, João Batista Costa. **Desconstruindo o mito da impunidade: um ensaio de direito (penal) juvenil**. Brasília, 2002.

SARAIVA, João Batista Costa. **Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br/> - 45k - Acesso em: 06 jun. 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: < <http://www.tj.rs.gov.br/> - 37k - Acesso em: 06 jun. 2008.

VOLPI, Mário. **O adolescente e o ato infracional**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

