

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1

DA IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR OU EXECUTAR MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM VIRTUDE DA AÇÃO DO TEMPO

MARINA DE AGUIAR MICHELMAN

Resumo: O texto discorre sobre a polêmica questão da prescrição na área da Infância e Juventude, apresentando as principais tendências numa leitura da questão sob a ótica do chamado "Direito Infracional".

Palavras-chave: Medida Socioeducativa; Ato infracional; Prescrição; Estatuto da Criança e do Adolescente.

A efetividade das decisões judiciais guarda estreita relação com a aptidão da Justiça para entregar a prestação jurisdicional de forma célere. Quanto mais próxima do contexto fático ensejador da demanda é a resposta do Estado-juiz, maior a probabilidade de harmonizarem-se as lides jurídica, social e política, promovendo-se o bem comum, como um dos escopos do Estado Democrático de Direito (artigo 3.º, inciso IV, da Constituição Federal).

Se por um lado é dever do Estado promover a justiça, é também de seu interesse evitar a incidência de decisões judiciais obsoletas pelo decurso do tempo entre o fato e a aplicação da lei ou a satisfação do direito declarado. Do contrário, o Estado poderá inevitavelmente abalar a segurança jurídica, imprescindível à tranquilidade social, quando não estar atuando como semeador da iniquidade, na contramão do ideal de justiça.

Daí a razão de ser do instituto da prescrição que, em Direito Penal, consiste na perda do direito estatal de punir (*ius pu-*

niendi) ou de executar a pena (*ius punitivis*) pela inércia do Estado em dado espaço de tempo, sem que verificadas causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas do lapso prescricional. Como consequência, importa na extinção da punibilidade, por força do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

São variadas as teorias lastreadoras do castigo à inércia estatal. Segundo a teoria do esquecimento, uma punição intempestiva a certa conduta, cujo dano já foi esquecido pela sociedade, contraria a finalidade preventiva geral da retribuição estatal. Há, ainda, corrente que leva em conta o desaparecimento de provas do ato e da autoria pela ação do tempo, a tornar temerária eventual condenação. Finalmente, a teoria da utilidade social, conforme a qual a lei deverá impedir uma resposta estatal, de cunho punitivo, mas também pedagógico, quando o protagonista do desvalor comprovou, com sua conduta, a readaptação ao convívio social.

A Lei 8.069/90 não previu expressamente o instituto da prescrição ao disciplinar sobre a aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes autores de atos infracionais, ou seja, de condutas descritas como crime ou contravenção penal. A aparente lacuna legislativa tem gerado polêmica na doutrina e, como não poderia deixar de ser, decisões totalmente disparatadas em termos de jurisprudência.

É certo que o artigo 2.º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) permite

a aplicação de medidas socioeducativas até a maioridade penal – para aqueles que partilham do entendimento de que, salvo a previsão literal do artigo 121, § 5.º, do ECA, não é possível a incidência de outras medidas socioeducativas além dos 18 anos de idade – ou até a maioridade civil – para quem sufraga o entendimento de que a exceção ilustrada no artigo 121, § 5.º, do ECA estende-se às demais medidas socioeducativas, dado o caráter mais brando destas. Todavia, tal questão não se relaciona à prescrição das pretensões declaratória ou executória socioeducativas, mas sim à legitimidade do sujeito para beneficiar-se do sistema de proteção integral discriminado pelo Estatuto, enquanto sujeito especial de direitos. Quando se questiona sobre o transcurso do tempo como fator extintivo do poder estatal de aplicar ou executar certa medida socioeducativa, está se cogitando da existência de poder estatal para responder a dado ato infracional ou para executar a medida aplicada ao adolescente enquanto tal.

Há, certamente, quem entenda pela inaplicabilidade do instituto da prescrição a procedimentos infracionais. Para esta corrente, não vem a propósito cogitar-se de prescrição, porquanto medidas socioeducativas têm natureza e finalidade diversas das penas, a saber, reeducar e ressocializar o menor. Não bastasse, o regimento penal atinente à prescrição tem natureza de direito material, não aplicável ao ECA, que no artigo 152 permite a aplicação subsidiária de normas gerais previstas na legislação processual pertinente, tão apenas.

Neste sentido, norteiam-se decisões como tais:

Recurso de Apelação. Ilícito. Representação. Medida socioeducativa. Imposição. Prescrição. Prazo. Decisão. Manutenimento. Recurso. Apelo negado.

“A aplicação dos prazos prescricionais previstos no Código Penal ao procedimento de apuração de ato infracional atribuído a adolescente e regulado pela Lei 8.069/90 esbarra na diversidade da natureza e fina-

lidade das medidas socioeducativas e das penas previstas na legislação criminal. Por incompatíveis, não há possibilidade de aplicar-se a prescrição penal ao ato infracional. A lei não fixa no prazo máximo para o cumprimento da medida socioeducativa de liberdade assistida (art. 118, § 2.º), referindo-se tão-somente ao mínimo de 6 (seis) meses, a qual poderá a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída. Decisão monocrática ratificada por seus próprios fundamentos. Recurso. Impedimento.” (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência – Vol. 01/97, Ap. 95000929-6, TJPR, Conselho da Magistratura, Rel. Des. Altair Patitucci, v.u. 21.08.1995).

Menor

“Preliminar de prescrição em concreto da medida aplicada na sentença. Inaplicabilidade dos critérios relativos à prescrição contidos no Código Penal. Inexistência de sanção. Negativa de autoria. Quando o partícipe confessa a autoria, merece crédito sua afirmação de que terceiro concorreu para a prática do ato infracional. Apelos desprovidos. Decisão unânime.” (Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP – Jurisprudência – Vol. 01/97, AC 59509 2123, TJRS, 7.ª C Civ., Rel. Des. Luiz Felipe Azevedo Gomes, v.u. 23.09.1995).

De outro lado posicionam-se opiniões doutrinárias e jurisprudenciais partidárias da prescrição em matéria de procedimento infracional, com relevantes argumentos.

O primeiro deles recorre à aplicação subsidiária da legislação processual aos procedimentos do ECA, de acordo com o artigo 152. Ora, o artigo 61 do Código de Processo Penal, faz menção às causas de extinção da punibilidade. Sendo uma delas a prescrição, a autoridade judicial da vara da Infância e Juventude poderia constatar a ocorrência de prescrição socioeducativa, extinguindo o procedimento apuratório de ato infracional ou deixando de aplicar a medida. Ademais, os dispositivos penais atinentes à prescrição têm caráter geral. Na ausência de regulamentação por parte de lei especial, o ECA, apli-

cam-se as regras genéricas constantes do Código Penal.

Segunda razão avalizadora da adoção do instituto da prescrição no ECA condiz com a própria natureza da medida socioeducativa. Já se demonstrou ao longo deste artigo ser errônea a concepção de medida socioeducativa como resposta estatal pedagógica e não punitiva. De acordo com a mais moderna doutrina, as medidas socioeducativas são, tanto quanto as sanções penais, mecanismos de defesa social. Embora distingam-se das penas pela preponderância do caráter pedagógico sobre o punitivo, não deixam de lado o propósito intimidativo e expiatório próprio da pena, eis que autorizam a ingerência do Estado na liberdade individual do adolescente para lhe impor, coercitivamente, um programa pedagógico, seja em mediante privação de liberdade, seja pela iminência de reversão da medida em meio pleno ou parcialmente aberto para internação-sanção, na forma do artigo 122, inciso III do ECA. Desta forma, pela restrição total, parcial ou potencial ao direito fundamental de ir e vir do adolescente, torna-se inconveniente franquear ao exclusivo arbítrio do juiz o poder de aplicar ou executar tais medidas independentemente do lapso temporal já transcorrido. Ora, se o legislador penal limita a possibilidade de aplicação ou execução da pena pelo escoamento temporal ao imputável, discriminar o autor de ato infracional, dentro da dimensão retributiva e restritiva de liberdade guardada no bojo de toda medida socioeducativa, à exceção da de advertência, que se esgota em si mesma, afiguraria nítido atentado ao princípio constitucional da isonomia (art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal).

O principal argumento reside, contudo, na “espinha dorsal” interpretativa da legislação menorista, o princípio da peculiar condição do adolescente como pessoa em desenvolvimento (artigos 6.º, 112 § 1.º e 121, *caput* do ECA). É este critério que permite ao juiz aplicar a medida mais adequada ao autor de ato infracional, sem prévia vinculação com a gravidade da con-

duta transgressora. É a peculiar condição do adolescente que alicerça a concessão ministerial de remissão como forma de exclusão do processo, ou judicial, como forma de suspensão ou extinção do processo (artigo 126 do ECA). Da mesma forma, será a peculiar condição do adolescente causa impeditiva da aplicação ou da execução da medida socioeducativa quando o sujeito passivo da pretensão estatal, devido ao transcurso do tempo, readapta-se espontaneamente a padrões de conduta socialmente aceitáveis, de forma a prescindir de qualquer forma de intervenção estatal voltada para sua reeducação, porque reeducado está. A finalidade última de toda medida socioeducativa, como bem ponderou o juiz e professor de Direito do Menor Guaraci de Campos Viana, em *e-mail* intitulado *Reflexões sobre a impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa em decorrência da ação do tempo*, é “destruir o delinqüente no homem e não destruir o homem delinqüente”.

Admitindo-se a viabilidade de reconhecimento da prescrição socioeducativa, que critérios utilizar em sede infracional?

Já se constataram decisões judiciais favoráveis à extensão dos dispositivos do Código Penal relativos à prescrição ao ECA. Ressalvem-se a inexistência dos institutos da perempção e da decadência, já que a ação socioeducativa é pública incondicionada, bem como o prazo prescricional declaratório *in abstracto* da pretensão socioeducativa no que toca às medidas de internação, semiliberdade e liberdade assistida, totalizada em oito anos, haja vista o período máximo de aplicação destas medidas socioeducativas, que é o da medida de internação, passível de estender-se por até três anos, conjugado à tabela existente no artigo 109 do Código Penal.

Como as medidas de internação e semiliberdade não comportam prazo determinado (artigo 121 § 2.º e 120, § 2.º do ECA), seriam também de oito anos os prazos da prescrição retroativa, intercorrente e executória.

Caso a medida aplicada seja a de liberdade assistida, os lapsos prescricionais retroativo, intercorrente e executório dependerão do prazo mínimo fixado em sentença. Sendo de seis meses o lapso mínimo, segundo o artigo 118, § 2.º do ECA, a prescrição dar-se-ia em dois anos (artigo 109, inciso VI, do Código Penal). Se o prazo demarcado no título executivo judicial for igual a um ano e inferior a dois anos, a prescrição seria reconhecida ao cabo de quatro anos (artigo 109, inciso V, do Código Penal). Se igual ou superior a dois e não superior a três, a extinção da medida socioeducativa dar-se-ia em oito anos (art. 109, inciso IV do Código Penal).

Já as medidas de prestação de serviços à comunidade, reparação do dano e advertência teriam como prazos prescricionais da pretensão socioeducativa *in abstracto*, retroativo, intercorrente e executório o período de dois anos, porquanto a medida socioeducativa prevista no artigo 117, a mais severa dentre as três, não pode ultrapassar seis meses.

Em se tratando de internação-sanção, imposta por descumprimento reiterado e injustificado de medidas socioeducativas (art. 122, inciso III, do FCA), por ser o prazo máximo fixado em três meses (art. 122, § 1.º do ECA), o prazo prescricional da pretensão executória seria de dois anos (art. 109, inciso VI, do Código Penal).

Aos mesmos moldes do Código Penal, incidiriam causas interruptivas da prescrição, haveria atos infracionais imprescritíveis, correspondentes às condutas tratadas pelo artigo 5.º, incisos XLIII e XLIV da Constituição Federal. Ainda na hipótese de cumulação de medidas, a mais gravosa regularia o prazo prescricional e a substituição de medidas, por força dos artigos 99 e 113 do ECA, está só poderia operar-se dentro dos prazos prescricionais.

Anuindo na extensão do regramento prescricional próprio do Código Penal ao ECA, atente-se para os seguintes acórdãos:

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional praticado por menor de 18 (dezoito) anos. A Medidas socioeducativas de advertência e prestação de serviços à comunidade, aplicadas pelo prazo de 01 (um) ano. Aplicação das normas da parte geral do Código Penal. Inteligência do artigo 226 do referido Estatuto. Prescrição. Ocorrência entre a data do recebimento da representação e a da publicação do *decisum* condenatório. Decretação, de ofício, prejudicado o exame do mérito.” (Ap. Criminal n. 30.496, TJSC, Rel. Alberto Costa, j. 27.08.1996).

“Processo especial. Ação delituosa praticada por menor de 18 (dezoito) anos – Decorrencia de mais de 2 (dois) anos entre a data do conhecimento judicial do fato à da decisão – Pena inferior a 1 (um) ano – Extinção da punibilidade pela prescrição – Aplicação do artigo 926, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Decretação de ofício.” (Ap. Criminal n. 30.422, TJSC, Rel. Marcio Batista, j. 13.12.1993).

Observe-se que tais acórdãos invocam o artigo 226 do ECA para justificarem a aplicação do instituto da prescrição. Todavia, esta não parece ser a melhor interpretação, pois tal dispositivo refere-se expressamente a crimes contra crianças e adolescentes. Não a atos infracionais por eles praticados. De qualquer forma, os argumentos em questão não prejudicam a plausibilidade do entendimento favorável à prescrição socioeducativa.

Outra corrente, porém, desvincula a aplicação do instituto da prescrição dos critérios objetivos do Código Penal, de modo que inexistiria lapso temporal pré-definido para o Estado deixar de impor a medida ou de executá-la. Assim, constatada concretamente, caso a caso, a ineficácia pedagógica da medida, tendo como referência o momento da aplicação ou execução da medida e não o do ato infracional, em obediência à peculiar condição do adolescente, o juiz poderá invocar o *non liquet* ou deixar de determinar a execução

da medida, levando em conta as alterações instadas pelo tempo na personalidade do adolescente, em suas condições culturais, socioeconômicas e maturacionais (artigos 100 e 112, § 1.º, do ECA). Para tanto, poderá recorrer a seu prudente arbítrio, mediante “inspeção judicial” em relação ao adolescente e aos responsáveis legais ou requisitar o assessoramento de equipe interprofissional (artigos 150 e 151 do ECA).

Nada lhe impede, igualmente, de socorrer-se da unidade do Direito, claramente positivada pela regra do artigo 152 ECA, para aferir carência superveniente de condição processual para reconhecimento pretensão socioeducativa por falta de interesse de agir, de sorte a declarar extinto o procedimento apuratório sem julgamento do mérito, por força do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Quicá, ainda que *de lege ferenda* faça-se imperioso sanar eventual omissão legislativa, a fim de que os aplicadores da lei não atuem como legisladores, de posse da ferramenta técnica da prescrição, o magistrado estará, com certeza, evitando prováveis reflexos psicológicos maléficos decorrentes da aplicação ou efetivação de medida socioeducativa desnecessária. Contará, sem dúvida, com a oportunidade de atuar os mais nobres postulados do princípio da economia processual, não no sentido de evitar trabalho aos operadores do Direito, mas com o fito de lapidar a norma em atenção às exigências da realidade, revertendo, outrossim, tempo e recursos estatais para bem executar medidas socioeducativas, de aplicação e efetivação imprescindíveis ao bem do socioeducando e da sociedade, como almeja o Estado Democrático de Direito.