

INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA IN ABSTRACTO NOS ATOS INFRACIONAIS E A NATURAL DESCONSIDERAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL PARADIGMA

Juliano Silva do Lago

Advogado e Conciliador da Central de Conciliação de Direito de Família da Comarca de Poço Fundo-MG

A princípio, destaca-se que a prescrição tratada no presente estudo é aquela *in abstracto*, pois a prescrição *in concreto* deve ser objeto de análise em momento posterior à aplicação da medida socioeducativa, regulando-se pela natureza e quantidade da medida sobreposta ao menor infrator, dispensando maiores digressões doutrinárias.

Hodiernamente, é cediço entre os juristas a viabilidade de aplicação do fenômeno da prescrição socioeducativa aos atos infracionais. No entanto, dessa perspectiva surge uma polêmica acerca do paradigma para a contagem dos prazos prescricionais, eis que, para a consideração de atos infracionais, aproveita-se, a rigor, apenas o preceito primário do tipo penal extirpando de qualquer análise o tipo secundário, afeto apenas aos maiores de 18 (dezoito) anos.

A despeito disso, muitos juristas entendem por bem aplicar ao ato infracional o prazo prescricional inerente ao tipo penal de que é análogo, considerando para tanto o preceito secundário, ou seja, a pena *in abstracto* prevista para o tipo penal. Dessa forma, não se sopesa para fins de prescrição qualquer medida socioeducativa a ser aplicada, mas tão-somente a pena (preceito secundário) do tipo penal análogo ao ato infracional praticado.

Data maxima venia, tal postura soa equivocada e carece de precisão técnica, porquanto vai na contramão da impossibilidade de consideração e aplicação de qualquer tipo de pena ao menor infrator que, inimputável por presunção absoluta de lei, jamais pode praticar qualquer modalidade criminosa.

Com efeito, a função da medida socioeducativa é bastante diversificada da pena, já que esta é eminentemente voltada a reeducação e prevenção da prática de novos crimes ao indivíduo adulto, isto porque ele é presumidamente apto a compreender o caráter ilícito de suas atitudes. Por outra vertente, a medida socioeducativa visa corrigir o transtorno presente no psiquismo do menor infrator, trazendo preceitos éticos, morais, educacionais e sociais, todos dirigidos para uma pessoa com caráter ainda em formação. É neste pilar mestre que se fulcra o tratamento diferenciado entre o menor infrator e o criminoso convencional, plenamente imputável.

Na esteira do entendimento perfilhado, fundamentado está o afastamento da aplicação de pena para a prática de atos infracionais, razão pela qual entendeu por bem o Poder Legiferante aproveitar os preceitos primários dos crimes previstos no Código Penal

e demais leis especiais, afastando, por imperiosidade, o preceito secundário, ou seja, a penalidade prevista pelo crime praticado.

A aplicação de punição por ato infracional, conforme previsão expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 121, § 3º) pode variar *in abstracto* de simples advertência até a internação do menor por 03 (três) anos, medida reservada para os casos mais graves, seja do ato em si ou da personalidade do menor. Conforme se extrai do exposto, a consequência jurídica ao menor que pratica ato infracional é deveras diversificada de punição. Trata-se unicamente de medida educativa, justificando, pois, a necessidade de tratamento específico, sobretudo no que se refere à prescrição.

Feita essa perfunctória digressão doutrinária, volta-se ao tema chave, qual seja a aplicação da prescrição aos atos infracionais.

Pois bem. Resta clarividente a antinomia existente entre os atos infracionais e crimes no que se refere a sua consequência jurídica e natureza, o que gera incoerência na utilização do preceito secundário do crime para aferir a prescrição *in abstracto* do ato infracional. Logicamente, estando execrada a pena para os menores de 18 (dezoito) anos, impossibilitada está sua utilização para a contagem de prazo prescricional. Trata-se de medida incoerente e que utiliza preceitos expressamente afastados por lei.

Notadamente, tem o Superior Tribunal de Justiça se posicionado favoravelmente à aplicação da prescrição no âmbito dos atos infracionais, conforme se confere pelo teor do enunciado da Súmula 338, originária dessa colenda instância julgadora. No entanto, ao interpretar o enunciado da referida Súmula, vislumbra-se que em momento algum se constata indicativos de que o preceito secundário do tipo penal paradigma deve ser considerado para fins prescricionais do ato infracional.

Ora, tal interpretação, *concessa venia*, é extensiva e tendenciosamente desvirtua a real iniciativa da súmula 338, eis que o prazo prescricional é salutar, porém, a contagem deste prazo deve levar em consideração a medida socioeducativa aplicada na casuística ou a que potencialmente pode vir a sê-la. Não há razoabilidade na desconsideração da pena para determinada finalidade e sua acolhida para outra.

Ademais, impende ressaltar que há previsão de medida socioeducativa a ser aplicada ao menor infrator, sendo natural que o prazo prescricional, consoante disposição dos artigos 109 e 110, ambos do Código Penal, leve em consideração a medida prevista especificamente pelo ato infracional, desconsiderando a pena aplicada. Frise-se novamente que, sendo a pena estranha aos atos infracionais, sua consideração para fins de aplicação da prescrição nas medidas socioeducativas é incoerente e deturpa o real significado da Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça.

Exemplificando, observa-se que abstratamente pode ser aplicada ao menor infrator medida socioeducativa de

internação por até três anos, que, nos termos do art. 109, inciso IV, do Código Penal, estaria prescrita em 08 (oito) anos. Notadamente, deve ser aplicada ainda, em analogia, a redução pela metade do prazo prescricional prevista no art. 115, do Código Penal, razão pela qual a prescrição final se daria em 04 (quatro) anos.

Deflui de maneira ineludível que, assim agindo, estará o jurista respeitando o direito do menor infrator em se reeducar dignamente, preservando a coerência e a pacífica convivência entre os dispositivos presentes no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sem aplicação de qualquer fator relacionado à pena, mas somente o concernente às medidas socioeducativas.