

PRESCRIÇÃO E ATO INFRACIONAL. UM PANO DE FUNDO PARA A DISCUSSÃO SOBRE O CURTO E O LONGO PRAZO DO DISCURSO INFRACIONAL.

Paulo César Busato*
Sílvia de Freitas Mendes**

RESUMO: No presente artigo se faz a defesa da aplicação da prescrição ao ato infracional, como um exemplo a ser tomado em conta para a aplicação genérica das garantias conquistadas no âmbito penal à esfera do direito infracional. Neste caminho se procura desvendar os eufemismos empregados no âmbito da doutrina infracional, os quais, disfarçados na falsa idéia da proteção integral, servem de pálio ao abuso ainda perpetrado pelo emprego do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Mais ainda, se procura a abertura de uma senda “emergencial” de garantias que não pretende se contrapor à idéia de um futuro absolutamente abolicionista da instância de imputação às crianças e adolescentes, mas que não se conforma em apenas deitar em berço esplêndido, aguardando aquele incrível dia que nunca chega.

Palavras chave: doutrina da proteção integral; medidas sócio-educativas; prescrição penal.

INTRODUÇÃO.

Há muito tempo temos debatido com os Promotores de Justiça, Juízes, advogados e professores que atuam na área da Infância e Juventude a respeito do que ousamos qualificar de “a questão penal”.

É sabido que a estrutura do Estatuto da Infância e Juventude (Lei 8069/90) equilibra-se no princípio da proteção integral¹ e é com base neste

¹* Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha; Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí-SC); Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra – Portugal; Promotor de Justiça no Estado do Paraná; Professor de Direito Penal na Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR e na UNIFAE – Curitiba-PR.

^{**} Mestranda em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR; especialista em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Busato de Ensino.

A proteção integral “é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada,

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.06/08

www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

argumento fundamental que geralmente² se tenta afastar do âmbito da infância e juventude os conceitos e a terminologia própria do Direito penal. Pretende-se, com isso, obviamente afastar o coeficiente simbólico do Direito penal e todos os seus efeitos deletérios tão bem identificados pela Sociologia Criminal norte-americana e postos à mostra pela Criminologia Crítica. Evidências, como o processo de etiquetamento (*labeling approach*³) ou os processos de criminalização pelo estereótipo que são claramente perniciosos.

Assim, ao adotar - voltamos a frisar: ao amparo do princípio de proteção integral - terminologia frontalmente diversa da penal, por exemplo, “ato infracional” ao invés de “delito”, “representação” ao invés de “denúncia”, “medidas sócio-educativas” ao invés de “penas”, “internamento” ao invés de “prisão”, o objetivo era afastar o estigma penal do adolescente de modo a evitar o etiquetamento e o processo de criminalização pelo estereótipo.

Pensamos, e nisso o nosso confronto com os operadores jurídicos mais afetos à área, que é chegado o momento de refletir sobre se esta providência meramente terminológica efetivamente logrou os objetivos pretendidos e, mais do que isso, se diante da evolução dos conceitos e da própria hermenêutica penal, ainda vale a pena ou se justifica a negação à evidência de

especializada e integral.” LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*. Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1991, p. 02. Ainda sobre doutrina da proteção integral vide NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 12.

² Exceção honrosa se faça à excelente obra *Introdução Crítica ao Ato Infracional*, de Alexandre Morais da Rosa.

³ “Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquentes pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como ‘delinquentes’. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.” BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, ICC, 2002, p. 86. Vide também HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p.161-162; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 39 e ss.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.06/08

www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

que, no campo infracional, estamos tratando de aplicar, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, na verdade, um “Direito penal do menor”. Mais ainda, é necessário refletir sobre as evidentes diferenças entre a adoção do princípio de proteção integral e a perspectiva correccionalista inspirada por um modelo de prevenção especial. Isso porque, há uma contínua tendência de confundir as duas perspectivas, tratando-as de um modo siamês onde se obriga ao uso de medidas próprias da prevenção especial sob o pálio da idéia de proteção integral e se rejeita as críticas ao modelo correccionalista através daquele mesmo princípio.

Com isso não queremos dizer, obviamente, que compactuamos com a proposição de uso de Direito penal como a melhor solução para os atos infracionais praticados pelos adolescentes. Apenas colocamos à lume que não é razoável esconder-se por trás de uma fraude de etiquetas a realidade forense do enfrentamento da questão e dar por justificada a vedação de uma série de garantias já oferecidas no âmbito penal aos adultos, sob o conveniente pálio da pretensão utópica abolicionista. Estamos de acordo com a manutenção de uma pretensão abolicionista no que tange aos atos infracionais a longo prazo. No mesmo sentido em que para o próprio Direito penal já vaticinava Radbruch ao dizer que o futuro do Direito penal não está em um Direito penal melhor, mas em algo melhor que o Direito penal, algo mais humano e mais justo do que ele⁴. Porém, é necessário não descuidar de atitudes a curto prazo. Há uma série de atos infracionais sendo julgados agora mesmo, ao amparo de uma estrutura que legislativa e principiologicamente viola garantias fundamentais do ser humano. É necessário atentarmos também para isso.

O tema vem a lume a propósito, especialmente, de estar acesa a discussão sobre a aplicação de algumas garantias penais aos casos de atos infracionais, cuja possibilidade depende, essencialmente, do reconhecimento do seu caráter penal. Refirimo-nos aqui, tomado como um exemplo, à aplicação da

⁴ “[...] o desenvolvimento do direito penal está destinado a dar-se, um dia, para além já do próprio Direito penal. Nesse dia, sua verdadeira reforma virá a consistir, não tanto na criação de um direito penal *melhor* do que o actual, mas na dum direito de *melhoria* e de conservação da sociedade: alguma coisa de melhor que o Direito penal e, simultaneamente, de mais inteligente e mais humano do que ele”. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 324.

regra de extinção da punibilidade da prescrição, recém reconhecida pela súmula 338 do STJ. Ao reconhecer textualmente que “a prescrição é aplicável às medidas sócio-educativas”, o Tribunal tomou uma atitude direta de reação contra os abusos diariamente cometidos contra os adolescentes e abriu, novamente, a discussão sobre os termos em que se há de considerar a matéria do ato infracional.

1. DOS FUNDAMENTOS PENAIIS DA PRESCRIÇÃO.

Os fundamentos que a doutrina apresenta para justificar a existência do instituto da prescrição estão todos associados à idéia de punibilidade.

Comenta Eduardo Reale Ferrari⁵ que, malgrado hajam inúmeros fundamentos pelos quais se procura doutrinariamente justificar a prescrição, estes podem ser agrupados fundamentalmente sob nove distintas teorias: do esquecimento, do arrependimento, da piedade, da prova, da emenda, da alteração psicológica, político-criminal, da presunção de negligência e, finalmente, da exclusão do ilícito.

A teoria do esquecimento justifica a prescrição pelo fato de que a sociedade esqueceu do fato criminoso, razão pela qual a punibilidade deve também ser esquecida⁶. A teoria da expiação do criminoso justifica a prescrição pelo castigo que já sofre o criminoso ao enfrentar-se com a longa e penosa tramitação do processo⁷. A teoria da piedade, subsidiária da do esquecimento, sustenta que a prescrição deriva de que o tempo faz despertar compaixão na sociedade para com aquele cuja pena se persegue⁸. A teoria da dispersão das provas justifica a prescrição pela falibilidade da prova incriminadora, obtida

⁵ FERRARI, Eduardo Reale. Prescrição da ação penal. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 25.

⁶ Nesse sentido, entre outros ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 209; FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 25 e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. I*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 716.

⁷ FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 27.

⁸ ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio...cit.*, p. 209 e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 28.

muito tempo depois do fato, o que torna duvidosa a justiça da sentença nela apoiada⁹. A teoria da emenda sustenta que durante o andamento do processo é dado ao réu a oportunidade de redimir o mal praticado, sendo desnecessária a imposição de sanção com finalidade de ressocialização¹⁰, principalmente, se neste período, o réu não voltou a delinquir¹¹. A teoria psicológica, que encontra raízes na Criminologia Sociológica de Gabriel Tarde, entende que a passagem do tempo com o peso do processo fará com que o réu se converta em outra pessoa, psicologicamente alterada em face daquela que cometeu o crime, pelo que, não se justificaria mais a punição¹². A teoria orientada por princípios de política criminal, entende que a prescrição é um instrumento que auxilia na diminuição da criminalidade, atuando através da não punição tardia de condutas¹³. A teoria da presunção de negligência é aquela segundo a qual a prescrição se justifica por ser ela mesma uma espécie de punição contra a estrutura persecutória, que não deu conta de perseguir o criminoso em tempo hábil¹⁴. Finalmente, a teoria da exclusão do ilícito, entende que após muitos anos, o bem jurídico afligido pela conduta criminosa deixa de ter relevância social, de modo que materialmente perde sentido a punição¹⁵.

Como é fácil notar, todos os fundamentos que se apresentam como justificadores da prescrição são vinculados, de algum modo, aos fins da pena, especialmente às idéias de prevenção especial e retribuição. Isto porque, as próprias modalidades de prescrição existentes são vinculadas a duas

⁹ ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio...cit.*, p. 209; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 5ª ed., Barcelona: Reppertor, 1998, p. 781; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. 2ª ed., Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2007, p. 677 e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 29; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado ...cit.*, p. 717.

¹⁰ FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 31; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal...cit.*, p. 677; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal...cit.*, p. 781 e ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio...cit.*, p. 209.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...cit.*, p. 716.

¹² ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio...cit.*, p. 209 e FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 32.

¹³ FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 33.

¹⁴ ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio...cit.*, p. 209; FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 34, no mesmo sentido BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado ...cit.*, p. 717.

¹⁵ FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição...cit.*, p. 35-36.

pretensões essenciais do Estado: a pretensão *punitiva* e a pretensão *executória da pena*. Isso só já faz denotar o caráter penal da prescrição¹⁶.

Dessa forma, o Estado não pode ter a possibilidade de punir alguém eternamente. Há que se ter um limitador para que o Estado saiba qual é o seu prazo para aplicar a pena. Isso faz com que o indivíduo que está sujeito a um inquérito policial ou a uma ação penal saiba que o detentor do *jus puniendi* terá que lhe dar uma resposta dentro de um lapso temporal, e não o fazendo perderá esse direito.

Em sendo assim, é óbvio que a prescrição se justifica como um instituto controlador da pretensão de aplicação e de execução de pena. Sua existência depende do reconhecimento de uma pretensão de controle social do intolerável através da aplicação de uma sanção¹⁷.

A questão de sua aplicação ao ato infracional faria parecer, a partir de tais considerações, que se estaria dando simploriamente uma *tratativa penal* à questão do adolescente autor de ato infracional.

Parece-nos, no entanto, que a questão não é tão simples assim. Isto porque, por um lado, a transferência de garantias para a seara do ato infracional não tem porque levar junto a estigmatização penal. O penal, no caso, serve apenas de exemplo delimitador. Vale dizer: se até mesmo no mecanismo mais recrudesciente de controle social existe um processo limitador pela

¹⁶ Por todos BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...cit.*, pp. 715-718. “Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração *a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente*, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada [...] com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *ius puniendi* concreto transforma-se em *ius punitiois*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória”.

¹⁷ “Com efeito, convém destacar que o Estado, em um dado momento, busca intervir nas relações sociais para controlá-las. E Estado, sim, é o agente do Direito Penal, o que leva a efeito a pena, ainda que se trate de uma ação penal de iniciativa privada.

O conhecimento sobre quem intervém torna possível conhecer suas motivações. O Estado é uma figura criada com um propósito fundamental e absolutamente claro: o de manter viva a sociedade. Ao Estado pertence a atribuição fundamental de regular as inter-relações sociais de um modo tal que tal que impeça a autodestruição desta mesma sociedade. O Estado tem início como uma figura cujo dever único e absoluto é manter a sociedade sob controle.” BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 207.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.06/08

www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

prescrição, porque este mesmo instituto não se haveria de aplicar a outras formas de controle social. Por outro lado, é necessário somar a isso que, no âmbito do ato infracional a prescrição como instituto pode justificar-se sob outro fundamento que não o mesmo empregado no sistema penal. Ou seja, se no sistema penal a justificação da prescrição deriva dos fins da pena, no sistema de controle social destinado ao ato infracional não há porque justificar-se sob os mesmos fundamentos.

Assim, não há qualquer justificativa crítica cabível à distensão oriunda da matéria sumulada.

2. ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DO CONTROLE SOCIAL EXERCIDO POR MEIO DO ATO INFRACIONAL.

O controle social de práticas de atos infracionais derivado do Estatuto da Criança e do Adolescente merece cuidadosa análise desde dois pontos de vista, pelo menos. Em primeiro lugar, é necessário evidenciar os pontos de contato entre os sistemas penal e infracional, pondo à lume a evidência de que, malgrado haja uma evidente evolução legislativa nos institutos que tratam da matéria no Brasil, ainda estamos muito longe de apresentar verdadeiramente um modelo de garantias. Depois, resulta também fundamental deixar claro que a opção pelo princípio de proteção integral não implica a adoção de uma perspectiva de prevenção especial no campo do ato infracional, senão todo o contrário.

2.1. A FRAUDE DE ETIQUETAS. A NOCIVIDADE DO EUFEMISMO EM MATÉRIA PENAL JUVENIL.

Conquanto a doutrina brasileira no âmbito dos estudos jurídicos sobre a criança e o adolescente mantenha-se prevalentemente posicionada contra o reconhecimento da dimensão penal da intervenção na seara do ato

infracional, é impossível deixar de reconhecer tratar-se de um mecanismo estatal-jurídico de controle social.

Nesse sentido, vale citar a lúcida crítica de Alexandre Morais da Rosa, no sentido de que “é preciso respeitar-se as opções do adolescente. Para isso é necessário que se o respeite como sujeito, abjurando a posição de inferioridade, para o tomar como outro”¹⁸. Cremos firmemente que a inclusão do outro é a base de qualquer sistema discursivo que se pretenda minimamente justo.

2.1.1 A DISTORÇÃO DOGMÁTICA.

É necessário reconhecer, porém, que o Estado interfere nestes casos somente a partir da prática do ato infracional. Ou seja, o comportamento de um adolescente, tipificado na esfera penal é o gatilho que deflagra a intervenção estatal em sua vida. Evidentemente existe uma relação entre o fato e a intervenção. Uma contraposição própria do esquema norma-processo-sanção. Tanto é verdade, que as medidas sócio-educativas não podem ser aplicadas senão através de um procedimento apuratório de ato infracional que, por sua vez, depende da existência prévia da prática de um fato delitivo praticado por criança ou adolescente.

O problema é que esta regra, evidentemente estigmatizante, é tomada somente por este lado simbólico-deletério e completamente abandonada em sua perspectiva de proporcionalidade ou do ponto de vista da delimitação negativa através da afirmação de garantias. Na verdade, deflagrado o ato infracional, “a bondade que movimenta as ações na seara da infância e juventude é totalitária”¹⁹.

É que a delimitação negativa pela afirmação material (princípio de intervenção mínima) e formal (princípio de legalidade) não entram em discussão na seara da infância e juventude, mediante a simplória alegação de

¹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 2.

¹⁹ idem, p. 2.

que “aqui não se está tratando de direito penal”. Este simplesmente não é o perfil teórico que o Estatuto da Criança e do Adolescente pretende dar àquilo que eufemisticamente chama de “medidas sócio-educativas”. Teoricamente, estas medidas estão presentes, tão somente como atitudes protetivas-correcionais-educativas por parte do Estado. Ou seja, sua razão de existir jamais se coaduna com outra pretensão para além da mera sociabilização e educação. Não há, nem pode haver, qualquer caráter sancionatório ou vinculado à idéia de controle social. A respeito do fundamento das medidas sócio-educativas:

“As medidas sócio-educativas são aquelas atividades impostas aos adolescentes, quando considerados autores de ato infracional. Destinam-se elas à formação do tratamento tutelar empreendido, afim de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social.”²⁰

Nesse sentido, ainda:

“Sob o ângulo das ciências humanas, as medidas sócio-educativas vão constituir o tratamento tutelar, O tratamento tutelar define-se como uma ação sócio-educativa empreendida junto à personalidade do menor, com o objetivo de modelá-la para alcançar a integração social e evitar a recidiva.”²¹

Em virtude deste perfil, justificado com ao amparo da idéia de proteção integral, o fundamento da prescrição e de uma série de outras garantias penais, com a função garantidora da tipicidade, o princípio de intervenção mínima, as causas de exclusão da culpabilidade como a potencial consciência da ilicitude, a decadência, o perdão judicial, a renúncia ao direito de queixa, a representação como condição de procedibilidade, etc., resultam deslocadas da instância infracional. Como resultado, “o autismo da ‘pretensão pedagógica’ da medida sócio-educativa produz vítimas, a todo momento”²².

²⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto...cit.*, p. 55.

²¹ ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Aide Editor, 1991, p. 121.

²² ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução...cit.*, p. 5.

É neste ponto, em busca quiçá dos mesmos fundamentos e garantias, que cremos não ser possível partilhar - sem desconhecer o valor que algum ponto de vista possui - a constatação daqueles que entendem a partir do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, já ter havido uma verdadeira autonomia do Direito infracional²³. Com efeito, não cremos que este marco legislativo represente, por si só, qualquer sorte de autonomia. Senão todo o contrário. Acreditamos, isso sim, que o Direito Infracional, como disciplina demanda ainda ser iniciado no Brasil e passa pela necessária transformação dos Juizados da Infância e Juventude do país²⁴. A pretensão de estabelecer garantias a partir de um Direito infracional desprezando completamente a referência penal proposta de boa intenção por alguns²⁵, resvala para o mesmo problema que as vertentes radicais abolicionistas penais, ou seja, para o âmbito de um sistema de controle social **que não contempla as garantias penais e que é muito mais intervencionista do que aquele**. Iconoclastia parnasiana nunca construiu soluções. A postura de insistir na aplicação das garantias penais não pode ser levemente classificada de “deficiência criminológica”²⁶, salvo se pregue a suficiência dessas mesmas garantias. É, sem dúvida, necessário afirmar garantias no âmbito infracional para além das garantias penais. O que não é lógico, nem muito menos digno das posturas garantistas é voltar as costas às garantias penais no afã de - um dia, quem sabe - afirmar outras.

É preciso denunciar que persiste no Estatuto a utilização de categorias abertas, de cunho estigmatizante e intervencionista, como “situação irregular”, “necessidade imperiosa da medida” e mesmo “proteção integral”, as

²³ Veja-se, neste sentido, por todas, a opinião de Alexandre Morais da Rosa em ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução...cit.*, p. 5.

²⁴ Nesse sentido o reconhecimento de Alexandre Morais da Rosa em *idem*, p. 6.

²⁵ Acreditamos ser utópico – ainda que nobre - pensar que “não se precisa aproximar tanto o Direito penal do Direito Infracional para que ele se torne garantista. Um Processo Infracional pode se construir de maneira autônoma porque significa o manejo do poder estatal, com repercussões nos Direitos Fundamentais do adolescente, mas nem por isso é Direito penal”. *Idem*, p. 13. Acreditamos que o Direito Infracional precisa de um ponto de partida em termos de garantias. A existência de um perfil marcadamente penal no que tange à forma de intervenção está a **exigir e não apenas recomendar** a aplicação das garantias penais. Isso sem prejuízo, obviamente, do acréscimo de um novo perfil especializante que adicione novas garantias.

²⁶ A observação crítica de Alexandre Morais da Rosa em ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução...cit.*, p. 9 aqui fica curta.

quais favorecem “a construção de um sistema paralelo, mais agudo que o sistema penal”²⁷.

Acreditamos, como entende a parcela mais cética - e não por isso menos crítica da doutrina, que as benesses que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe no âmbito da matéria infracional são justamente “a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como limites objetivos ao poder punitivo sobre jovens em conflito com a lei”²⁸ ou seja, “trata-se do direito penal juvenil, que se constrói a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente”²⁹.

É curioso notar que um dos maiores ganhos para o adolescente infrator com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi justamente o estabelecimento de um processo³⁰, ou seja, a garantia da produção probatória em âmbito contraditório, em um verdadeiro processo penal! Ou seja, não há quem se atreva a medir diferenças essenciais entre uma representação e uma denúncia entre o formato da instrução de ato infracional e do rito sumário do processo penal, da remissão e da transação da Lei 9.099/95.

Entretanto, ainda que esta conquista seja um avanço significativo, “a resistência em reconhecer a natureza penal das medidas e do procedimento de sua imposição, faz que muitas garantias hoje consolidadas no campo do direito penal não sejam estendidas aos adolescentes”³¹. É necessária, neste momento, “a construção de uma ‘dogmática processual infracional garantista’ como propugna Salo de Carvalho em relação ao Direito penal”³², vale dizer, é nas garantias exigidas contra a intervenção discriminatória penal que se

²⁷ SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

²⁸ Nesse sentido a relevante opinião de Karyna Sposato, não por acaso representante do ILANUD, em São Paulo durante largo período, expressada na obra SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, p. 62.

²⁹ Idem, p. 62.

³⁰ No sentido da aplicação das garantias processuais aos adolescentes: CABRERA, Carlos Cabral; JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner; JÚNIOR, Roberto Mendes de Freitas. *Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.64; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto...cit.*, p. 135-136; PRADE, Péricles. *Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1995, p. 49-54.

³¹ SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, p. 194.

³² ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução...cit.*, p. 162.

deve buscar o ponto de partida para a criação de um sistema de garantias na seara infracional.

Seria de perguntar por que existe garantia de produção probatória da existência de um fato, cujo enquadramento legal estampado na representação é buscado justamente na lei penal incriminadora, se ao final, as medidas aplicáveis serão fundamentadas, tão somente na necessidade de proteção do adolescente. Em que a existência ou não de fato típico e antijurídico altera a necessidade de educação e reinserção do adolescente? Se não altera em nada, porque submetê-lo ao processo? Se, ao contrário, for reconhecida a necessidade de existência de fato típico e antijurídico para a aplicação da medida, como negar que seu fundamento transcende a mera pretensão protetiva?

2.1.2 A DISTORÇÃO CRIMINOLÓGICA

Este paradoxo não se revela unicamente pela via de uma análise meramente processual ou mesmo dogmática, mas também criminológica. Refiro-me à cifra negra. É de todos sabido que a criminalidade real é muitos números superior àquela registrada e que a passagem pelas agências de controle social penal judicial e penitenciária não correspondem à realidade da prática delituosa. Hassemer e Muñoz Conde referem que “há um bom número de delitos e delinqüentes que não chegam a ser descobertos ou condenados. É o que constitui a chamada cifra negra, ou zona obscura da criminalidade”³³. Não há razão para crer que entre os adolescentes os índices sejam completamente diferentes. Senão, todo o contrário. Isso porque, conforme já largamente demonstrado pela criminologia crítica, em sendo o crime uma criação humana, a eleição de condutas em um processo de criminalização, não se pode negar que o mesmo perfil se adote em outras dimensões do controle social. Assim também no âmbito infracional. Tanto é assim, que o que o Estatuto da Criança e do Adolescente faz

³³ HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología...cit.*, p. 137. No Brasil, veja-se THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? Crime e criminosos: entres políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 1-20.

é estabelecer uma relação direta entre intervenção estatal e a prática justamente daquelas condutas elencadas no catálogo penal. Assim, a “cifra negra” criminal se repete, nos mesmos padrões discriminatórios no âmbito infracional. É o que demonstra, justamente o estudo empírico realizado pelo ILANUD³⁴, em São Paulo.

Os estudos desenvolvidos no Instituto demonstraram, por exemplo, a repetição, no âmbito da seara infracional, dos preconceitos arraigados no sistema penal, em face de certos grupos, como os negros, os moradores de rua, os moradores da periferia, preferencialmente do sexo masculino. É que a pesquisa evidenciou flagrante disparidade entre o perfil social daqueles que sofriam a intervenção da justiça da infância e do adolescente e aqueles que e uma técnica de *self report crime* admitiam ter praticado algum ato infracional. Daí que os dados oficiais que se reportam unicamente às estatísticas judiciais formam a imagem distorcida de que a atividade infracional corresponde à prática de tipos penais considerados graves. Em resumo: os dados estatísticos revelam que o perfil da justiça infracional - **baseada na proposta do Estatuto da Criança e do Adolescente** - obedece o mesmo perfil estigmatizante e discriminatório da instância penal.

De ser assim, é possível concluir que, de um lado, a instância penal não exerce efetivo controle social do intolerável, porque não alcança a realidade do crime, assim como a instância da infância e juventude não cumpre o seu papel reeducador e sociabilizante, já que não trabalha com índices reais de práticas de “atos infracionais”.

E isso ainda não é o pior. É possível afirmar, com alguma segurança, que sequer a justificativa fundamental do afastamento entre o Direito penal e o Direito da Infância e Juventude foi alcançada. Ou seja, o objetivo de evitar a estigmatização e o etiquetamento não só não foram logrados como vimos

³⁴ O ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e tratamento do Delinqüente, é um organismo técnico voltado à realização de pesquisa, produção de conhecimento e difusão de informações nas áreas da justiça criminal, prevenção e controle do crime, tratamento do delinqüente e promoção dos Direitos Humanos, especialmente focado na questão da prática do ato infracional. A revista número 22 do Instituto publicou interessante trabalho sociológico e estatístico relacionado ao tema do ato infracional.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.06/08

www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

foram sensivelmente piorados, já que os objetivos de socialização e educação não estão sendo atingidos³⁵. Basta verificar entre os casais pretendentes a adoção, quantos estariam dispostos a receber uma criança ou adolescente infrator em suas famílias e quantas pessoas ao oferecer vagas de estágio de ensino médio optariam por um adolescente egresso de uma internação por prática de ato infracional.

Não é preciso grande esforço hermenêutico para perceber o quanto o estigma e o preconceito resistiram à retórica e à terminologia eufemística³⁶. Além disso, houve um efeito colateral agravante: como o discurso visa afastar a dimensão simbólica penal, a carga de controle social inserta no estatuto - certamente mais grave, em alguns casos³⁷, do que o penal - não é percebida pela população em geral, que tem a falsa idéia de que “com menor não acontece nada”. O efeito pernicioso disso é uma falsa sensação de inoperância do sistema infracional, que leva as pessoas a não acionarem os mecanismos de controle judiciais da infância e juventude, e procurarem elas mesmas por odiosas iniciativas de vingança privada.

Isso contribui por um lado para o incremento da cifra negra no âmbito infracional e, por outro, para um reforço do processo de estigmatização/etiquetamento, já que qualquer medida aplicada pela Vara da

³⁵ “Na verdade, ainda que essas finalidades sejam próprias da internação, cujo objetivo deveria ser realmente a educação, preparação e encaminhamento do interno à vida exterior e social, as entidades de recolhimento têm padecido de várias falhas, o que impossibilita a educação ou recuperação de qualquer infrator que venha a ser internado.” NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto...cit.*, p. 163.

³⁶ “As ideologias de reeducação e substituição do conceito de pena pelo de medida de segurança permitiram, no mundo da infanto-adolescência, a criação de uma semântica ocultadora das conseqüências e sofrimentos reais, muitas vezes idênticos aos imperantes no mundo dos adultos.” GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Liberdade, Respeito, Dignidade: notas sobre a condição sócio-jurídica da infância-adolescência na América Latina*. CBIA: Brasília, 1991, p. 42.

³⁷ Em determinadas hipóteses a penalidade prevista no estatuto pode ter conseqüências mais graves que as provenientes das conseqüências penais aplicáveis aos adultos. Pois bem, dada a imprecisão na aplicação das medidas sócio-educativas pode-se aplicar uma penalidade mais gravosa a um adolescente que cometeu um ato infracional não tão grave do que outro adolescente que cometeu um mais grave. Outro ponto a ser destacado é que com o que deveria ser uma grande mudança decorrente do Estatuto não se vê na prática: o respeito das garantias processuais. Nesse caso, é possível mencionar que a ampla defesa em muitos casos não resta efetivada, já que ao adolescente não é garantido uma entrevista com o advogado ou em audiência não está acompanhado do mencionado profissional. O contraditório também se vê suprido, pois em função da socialização e educação decorrentes da doutrina da proteção integral, argumentos defensivos não são aceitos em prol de tais finalidades.

Infância e Juventude, sempre parecerá, aos olhos do leigo, insuficiente. Esse descrédito em relação à atuação das Varas da Infância e Juventude aumenta consideravelmente quando a comunidade tem conhecimento de um ato infracional cometido por adolescente, sabe que este é o estopim que deflagra um procedimento na Vara da Infância e Juventude. No entanto, não compreende o alcance do que deve ser a instância protetiva do adolescente e, esperando uma mera reação punitiva - já que a seus olhos, o ponto de partida da intervenção foi a existência de um delito - o vê livre, quando foi determinada em sentença a aplicação de medida sócio-educativa diversa da internação³⁸.

Ou seja, uma mera substituição terminológica, sem mudança na essência não conduz a evolução alguma. Nossa atuação na área infracional ainda é tímida, não ousa abandonar a instância penal, promover uma ruptura definitiva e, pior ainda, sequer se ocupa de - ao menos por ora - tratar de aplicar a dimensão limitadora do próprio direito penal. Na verdade, a imposição de medidas socioeducativas tem caráter seletivo e discriminatório, bem como um efeito simbólico de reprovação social, interferindo diretamente na esfera de liberdade dos adolescentes³⁹, exatamente como funcionam o sistema penal. No entanto, as garantias e princípios limitadores não estão presentes.

Enfim, o Estatuto da Criança e do Adolescente preserva uma vertente interventora, mascara seu próprio caráter penal e recorta, apoiado em um discurso retórico, as mínimas garantias oferecidas pelo sistema criminal. Nesse sentido, afirma Karyna Sposato:

“O estudo da construção do direito da criança e do adolescente, da organização do sistema de justiça da infância e da juventude brasileira e da matéria pertinente à responsabilização de adolescentes autores de

³⁸ D'AGOSTINI afirma que “Os meios de comunicação de massa dão um caráter sensacionalista à questão da prática de atos infracionais por crianças e adolescentes gerando uma ‘histeria social’ que acaba legitimando no imaginário social uma resposta violenta aos adolescentes ou mesmo às crianças que venham a cometer uma infração legal, *‘indo desde a redução da responsabilidade até a pena de morte.’* D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. *Adolescentes em Conflito com a Lei ... e a Realidade*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75.

³⁹ SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, p. 193.

ato infracional no Estatuto da Criança e do Adolescente apontam para a existência de um direito penal juvenil brasileiro.

Desde as primeiras disposições pelos Códigos Penais retribucionistas, passando pelas legislações de menores, até a entrada em vigor da Lei 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, a disciplina sobre o exercício do poder punitivo do Estado diante do cometimento de delitos por menores de 18 anos **tem-se utilizado de conceitos neutralizadores de sua natureza penal, garantindo, no entanto, maior controle.**

A discricionariedade, característica marcante historicamente do funcionamento da justiça da infância e juventude em nosso país, especialmente no que tange à atribuição da autoria de atos infracionais aos adolescentes e conseqüente imposição de medidas socioeducativas, revela um sistema altamente arbitrário e totalizante, em nome de suposta ‘proteção’”⁴⁰.

Por isso, sem perder de vista a necessidade de afirmação de um direito infracional de futuro completamente descolado da instância penal, resulta imprescindível a afirmação, agora, ao menos das garantias penais contra o desbordo do estado de coisas, deixando de lado a hipocrisia e reconhecendo que o que vivemos legislativamente e na instância forense é um “Direito penal do menor” ou “Direito penal juvenil”. O reconhecimento disso serve para afirmar garantias mínimas e não tem porque inviabilizar o avanço para um modelo independente e próprio de tratativa do tema. É necessário romper com a fraude de etiquetas para afirmar garantias.

“A desmitificação dessa realidade punitiva tem como conseqüência, de um lado, o reconhecimento para os adolescentes de garantias e princípios essenciais ao Estado democrático e social e direito, presentes

⁴⁰ Idem, p. 193.

na aplicação do chamado direito penal de adultos e, de outro, a consolidação de princípios especiais, constitucionalmente previstos”⁴¹.

É muito importante, contudo, ressaltar que com isso não se pretende confirmar uma estigmatização que pré-existe, mas sim emprestar ao âmbito da apuração de ato infracional, todas as garantias que são hoje em dia aplicáveis ao Direito Penal e ao Processo Penal⁴².

Aliás, como antes aventado, é justamente a garantia do processo penal - que é parte do sistema penal como um todo - um dos logros mais importantes do Estatuto da Criança e do Adolescente na superação do nefasto Código de Menores.

Pois bem. Hoje em dia é voz corrente na seara penal que o conceito de ciência penal ou de Direito penal em sentido amplo abrange também o Processo Penal. Ambos hão de ser instâncias garantidoras. Institutos como o princípio de inocência, o princípio de culpabilidade, o princípio de legalidade, o princípio de intervenção mínima e as causas extintivas de punibilidade são absolutamente compartilhados pelo Direito Penal e o Processo Penal. Deste modo, ao defender o reconhecimento das garantias penais para o adolescente infrator, o fazemos pela via da conexão inquestionável do processo penal. E justamente incorporando esta perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro editou recentemente a súmula 338, a qual admite a aplicação da prescrição às medidas sócio-educativas⁴³.

Obviamente, o avanço das garantias na seara infracional não há de parar por aí, ou seja, não deve limitar-se à importação pura e simples do modelo penal. Até porque, esta sim seria uma postura altamente criticável. O modelo deve avançar. Este avanço, a nosso sentir, ronda uma questão essencial e de fundo: a necessidade de dissociação da hermenêutica do modelo de proteção

⁴¹ Idem, p. 193.

⁴² Partilhamos pois, a pretensão de que um elenco de garantias penais e processuais penais tão amplo quanto aquele apresentado em ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução...cit.*, pp. 163-168 seja implantado no âmbito infracional.

⁴³ Súmula 338 do STJ: “A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas.”

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.06/08

www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

integral no âmbito infracional da idéia de prevenção especial. Ou seja, a necessidade de abandono do modelo pedagógico.

2.2. PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL E SUA DESVINCULAÇÃO DA PERSPECTIVA DE PREVENÇÃO ESPECIAL.

Há uma crítica fundamental em que coincidimos com a perspectiva mais lúcida dos críticos de uma aproximação do Direito Infracional das garantias penais⁴⁴, é o fato inarredável de que o perfil anti-garantista do modelo de controle social infracional reside na postura pedagógica, na idéia de associação entre prevenção especial e proteção integral. Na verdade, somente um perfil democrático que não guarde pretensão de moldar o adolescente infrator, que o respeite enquanto afirmação de sua individualidade, pode pretender ter alguma legitimidade.

Importa destacar que o princípio de proteção integral diz respeito à necessidade de filtrar os conteúdos de regras (normas) à criança e ao adolescente segundo uma perspectiva mais benéfica possível para crianças e adolescentes, especialmente no que se refere a situações conflituosas. Isso não quer dizer que, quanto se trata de aplicação de medidas sócio-educativas, estas devam ser aplicadas segundo uma dinâmica de prevenção especial, em sentido curativo.

Aliás, esta é justamente uma perspectiva ultrapassada⁴⁵ associada à doutrina da situação irregular, oriunda de Platão e acolhida mais tarde por São Tomás de Aquino, baseada na idéia de livre arbítrio e que a sanção deve ser uma *poena medicinalis*, ou seja, o Estado não deve apenas castigar o delinqüente, mas sim constrangê-lo a tornar-se bom⁴⁶.

⁴⁴ Referimo-nos a ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução...cit.*, p. 14.

⁴⁵ ARAÚJO, Fernanda Carolina de. "Análise histórica acerca das finalidades das medias sócio-educativas", in *Boletim do IBCCrim*, ano 15, n° 185, abril de 2008. São Paulo: IBCCrim, 2008, p. 13.

⁴⁶ FALCÓN Y TELLA, María José e FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 195.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.06/08

www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

Esta idéia de pena pedagógica, totalmente acolhida pelo modelo infracional pedagógico estava no pensamento de Thomas More, Giambattista Vico, Hobbes, Grotius, Pufendorf Thomasius e Bentham⁴⁷ e acaba formando a escola correccionalista Alemã, através de Karl David August Röder, que “considera o delinqüente um ser incapaz de fazer bom uso de sua liberdade exterior. Por isso deve ser educado e emendado moralmente, para que recobre esta capacidade”⁴⁸. Assim também derivou do mesmo pensamento a escola correccionalista espanhola com Francisco Giner de los Rios, Luís Silvela, Concepción Arenal e principalmente Pedro Dorado Montero, que propunha um “direito de proteção dos criminosos”⁴⁹. O que se propunha era o abandono da idéia de castigo aos delinqüentes para a adoção simplesmente de medidas de proteção tutelar⁵⁰.

Esta lógica da tutela em matéria criminal foi justamente o modelo adotado pelas primeiras legislações que cuidaram dos delitos praticados por adolescentes no Brasil. Tratava-se de perspectivas “fundadas na lógica da mera imputação criminal, ou na lógica da tutela, sempre com vistas a coibir a criminalidade infanto-juvenil”⁵¹. “A Doutrina da Situação Irregular foi inaugurada no ano de 1927, com o Código Mello Matos, sendo também adotada pela Lei 6.697/79, o chamado Código de Menores”⁵².

A adoção de uma perspectiva correccional fez com que estivessem justificadas todas as intervenções praticadas em relação às crianças e aos adolescentes, ainda que, para tanto, se estivesse cerceando direitos e garantias fundamentais. Desde modo, “como as medidas eram consideradas benéficas, ou seja, uma oportunidade dada ao jovem de reeducar-se, afastavam-se de sua aplicação quaisquer garantias, utilizando-se o jovem como mero instrumento da vontade Estatal”⁵³. O ato ilícito aplicado não era considerado um fato delitivo

⁴⁷ Idem, p. 196.

⁴⁸ Idem, p. 196.

⁴⁹ Idem, pp. 196-197.

⁵⁰ Idem, p. 197.

⁵¹ SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, p. 26.

⁵² Nesse sentido ARAÚJO, Fernanda Carolina de. “Análise histórica...cit.”, p. 13.

⁵³ idem, p. 13.

isolado que merecia resposta proporcional e a ele vinculada, mas sim um sintoma de falta de adaptação social, apto a justificar uma intervenção sem limites de proporção nem quanto ao tempo, nem quanto à intensidade.

Com projeto do novo Estatuto da Criança e do Adolescente, a proposta de proteção integral deveria se contrapor frontalmente ao modelo incriminatório, reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, titulares de garantias positivas⁵⁴. O Estatuto da criança e do adolescente deveria, portanto, ser interpretado sistematicamente de modo a atingir o modelo infracional. Ou seja, a parte do Direito da Infância e Juventude que cuida do ato infracional deveria considerar este ato “como fato social, para além dos marcos estreitos da lei e do direito penal”.

Não é isso que se fez e se faz, nem no âmbito da criminalização primária, nem no âmbito da criminalização secundária. Do ponto de vista da criminalização primária, o Estatuto continua se servindo do catálogo penal para contrapor a interposição de medidas sócioeducativas e utiliza uma contraposição processual equivalente ao processo penal. No ponto de vista da criminalização secundária, a postura forense continua herdeira de um modelo correccionalista baseado no “bom senso” didático do “Juiz de Menores”.

Obviamente, esta realidade interventiva desmedida não representa senão uma contraposição para com a idéia de prevenção integral, e não seu corolário.

De modo contrário, a perspectiva penal que arranca do pós-guerra em todas as democracias ocidentais, a idéia primordial de valoração de direitos humanos converte-se em filtro hermenêutico penal, que fica ainda mais evidente a partir da idéia de Roxin⁵⁵ de aproximação entre a política criminal e a dogmática, visando a correção das distorções legislativas, tudo com o fito de afirmar as garantias fundamentais no âmbito criminal.

⁵⁴ SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, p. 49.

⁵⁵ Veja-se ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2ª ed., tradução de Francisco Muñoz Conde Buenos Aires: Hammurabi, 2002, tradução da clássica obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*.

Assim, não é admissível que as garantias já oferecidas e afirmadas no âmbito penal não transcendam ao modelo infracional sob o pretexto de gerar estigmatização e sob o argumento de incompatibilidade entre a idéia de proteção integral e o oferecimento das garantias derivadas do sistema penal democraticamente concebido. Isso porque, como visto, a estigmatização existe à margem do sistema penal e mesmo sem aproximação dele e o sistema infracional, no modo como é concebido emprega boa parte da carga seletiva e discriminatória do sistema penal, sem levar consigo um mínimo de garantias.

O rompimento ditado pelos tratados internacionais⁵⁶ e pela própria Constituição Federal⁵⁷, plasmado finalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁸ não é uma rasa negativa da dimensão penal, senão um caminhar na direção daquele âmbito e que, por errado, deve, do mesmo modo que o sistema penal, ser contraposto às garantias fundamentais até que se possa afastar definitivamente qualquer relação com este e afirmar sua superação por um modelo menos intervencionista.

É claro que não se há de exigir dos menores o mesmo nível de responsabilidade penal, nem mesmo uma idêntica resposta de parte do Estado, mas sim a adoção de uma relação limitada para com o ato infracional e principalmente de transposição de garantias penais para as medidas sócio-educativas como medida de emergência, como paliativo para o que acontece agora. Isso não significa o abandono de prosseguir na senda afirmativa de superação do modelo penal. Tal recomendação é dirigida também ao próprio sistema penal, posto que a história do Direito penal - malgrado sobressaltos e passos atrás - foi e há de ser a história progressiva da sua saída de cena.

Assim, é preciso reconhecer que “negar o caráter repressor das reprimendas destinadas aos jovens e faze-lo significa regredir a um período no

⁵⁶ Referimo-nos, aqui, à Convenção sobre os Direitos da Criança, Diretrizes de Riad para a Prevenção da Delinquência Juvenil, Regras das Nações Unidas para os Menores Privados de Liberdade e Regras de Beijing ou Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores. Cf. ARAÚJO, Fernanda Carolina de. “Análise histórica...cit., p. 14.

⁵⁷ Art. 227.

⁵⁸ Lei Federal 8.069 de 13 de julho de 1990.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.06/08

www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

qual a autonomia das crianças e adolescentes foi suprimida e negligenciada”⁵⁹. É fundamental a adoção de uma perspectiva garantista, que vise afastar do cotidiano do adolescente infrator um modelo tutelar que se traduz literalmente em um Direito penal do autor⁶⁰, posto que igualmente às penas, as medidas sócio-educativas não podem ser fundamentadas em algo que, em realidade, não é mais do que uma faceta dos seus efeitos. Vale dizer, é necessário afastar a idéia de ressocialização ou reeducação, enfim, a proposta *pedagógica*, posto que esta, ainda que se produza, não é mais do que um efeito, não necessariamente (inclusive raramente) ocorrente, e como tal, não tem o condão de servir como fundamento justificador de algo⁶¹.

A atividade de controle social referida a ato infracional há de obedecer a idéia de intervenção mínima, ou de controle social reservado apenas para o intolerável. Sendo assim, as garantias penais que impedem que uma acusação tenha transcendência para além dos limites do tempo tem também aplicabilidade à situação de ato infracional.

3. A PRESCRIÇÃO EM ATO INFRACIONAL.

E aí se chega ao pano de fundo do presente escrito: a afirmação da transmissão à seara infracional, dos direitos e garantias penais, entre eles a da prescrição. O reconhecimento do caráter marcadamente penal do sistema infracional requer, em sentido emergencial, o controle de um sistema de garantias. Nesse sentido:

“O não reconhecimento da prescrição, a cumulação de medidas, a falta de proporção e humanidade das sanções, e a ausência de indícios

⁵⁹ ARAÚJO, Fernanda Carolina de. “Análise histórica...cit., p. 14.

⁶⁰ Cf. *idem*, p. 14.

⁶¹ Nesse sentido, refere Fernanda Araújo ser “evidente que se da reprimenda surge algum benefício para o adolescente isso é apenas um valor agregado à sanção e não mais seu fundamento ou justificação, tal qual ocorria no modelo anterior”. *Idem*, p. 14. No que tange às penas, a identificação da prevenção especial como um mero efeito e não como fundamento veja-se, em detalhes, BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução...cit.*, pp. 205 e ss.

suficientes de autoria e materialidade são exemplos cotidianos no nosso sistema. Sem mencionar a brutalidade da execução das medidas socioeducativas, cujo conteúdo pedagógico é sistematicamente vilipendiado pela violência das instituições.

Portanto, esta é nossa primeira e mais desafiante tentativa: destacar que no texto da Lei 8.069/1990 encontram-se disposições penais e sanções que, aplicadas, produzem os mesmo efeitos das penas.

Daí a necessidade de introduzir, na aplicação das regras e princípios que norteiam a imposição das medidas socioeducativas, critérios de política criminal, e sobretudo construir bases científicas mais sólidas sobre a matéria.

Assim como o ato infracional é crime, a medida socioeducativa é sanção jurídico-penal. Resta, portanto, fazer valer também para os adolescentes brasileiros as regras democráticas do devido processo legal”⁶².

Nossa pretensão hermenêutica, em razão dos argumentos acima transcritos, de reconhecimento do caráter penal da interferência das Varas da Infância e Juventude, em casos de atos infracionais, conduz inarredavelmente ao reconhecimento da prescrição em tais situações. É que o controle social exercido através das medidas sócioeducativas não pode ser perpétuo, posto que perde qualquer sentido e fundamento. As idéias de prevenção e socialização - pretensões tão somente discursivas - se perdem. De outro lado, a afirmação de um controle social subordinado a regras de garantia, igualmente se dilui diante da passagem do tempo, pela própria acomodação social.

Em resumo: a passagem do tempo esgota o sentido da medida sócio educativa quer se considere de um ponto de vista da proposição retórica do Estatuto, quer se considere diante da realidade intervencionista e estigmatizante efetivamente produzida. Ou seja, mesmo os arautos da pretensão pedagógica ou

⁶² SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil...cit.*, pp. 194-195. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.06/08 www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

os arautos do modelo de lei e ordem não têm argumentos lógicos para perseguir a não aplicação da prescrição ao Direito infracional.

Resta apenas o vazio discurso das etiquetas. A crítica cabível se reduz a negativa meramente retórica e totalmente cega da nocividade da aplicação de garantias penais ao Direito infracional. Se isso não pode ser negado, por constituir garantias, chega-se ao impasse.

Se considerarmos que as garantias processuais e penais devem ser aplicadas no âmbito do Direito infracional, não podemos afastar a extinção da punibilidade pela via da prescrição. Inadmissível pretender eternizar um direito de intervenção estatal, afirmando-se que aos adolescentes infratores não se aplicam penas determinadas, mas sim medidas que visam sua recuperação ou socialização, graças ao discurso fundado na proteção integral.

A súmula é, portanto, bem-vinda, lúcida e apropriada. Mas apenas um pequeno passo da longa estrada a ser percorrida para a afirmação da identidade do menor enquanto sujeito. O que não se pode negar é que este passo dado é um passo adiante!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Aide Editor, 1991.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. “Análise histórica acerca das finalidades das medias sócio-educativas”, in *Boletim do IBCCrim*, ano 15, n° 185, abril de 2008. São Paulo: IBCCrim, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, ICC, 2002.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.06/08
www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. I*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CABRERA, Carlos Cabral; JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner; JÚNIOR, Roberto Mendes de Freitas. *Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. *Adolescentes em Conflito com a Lei ... e a Realidade*. 4^a ed. Curitiba: Juruá, 2006.

FALCÓN Y TELLA, María José e FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005.

FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GARCÍA MENDEZ, Emílio. *Liberdade, Respeito, Dignidade: notas sobre a condição sócio-jurídica da infância-adolescência na América Latina*. CBIA: Brasília, 1991.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*. Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1991

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 5^a ed., Barcelona: Reppertor, 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.

ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PRADE, Péricles. *Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1995.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2ª ed., tradução de Francisco Muñoz Conde Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral*. 2ª ed., Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2007.

SPOSATO, Karyna. *O Direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? Crime e criminosos: entres políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.