



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 84.078

Natalie Riskalla Anchite

Rio de Janeiro

2009

NATALIE RISKALLA ANCHITE

A Execução Provisória da Pena – Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC
84.078

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós-
Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner

Prof. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro
2009

ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC 84.078

Natalie Riskalla Anchite

Graduada pela Universidade Cândido
Mendes – Centro. Advogada.

Resumo: A pena é matéria de alta indagação no Direito Penal e sua execução é cuidada pelo Direito Processual Penal. A execução provisória da pena é questão sempre controversa na doutrina e na jurisprudência, onde se questiona sua possibilidade em contraponto com os princípios da nova ordem constitucional, mormente em relação ao Princípio da Não Culpabilidade. A essência do presente trabalho é analisar o instituto e suas premissas, abordando o entendimento doutrinário, bem como a quebra de paradigma na jurisprudência pátria, em razão da decisão exarada recentemente no bojo do *Habeas Corpus* 84.078.

Palavras-chave: Direito Processual Penal, Pena, Execução Provisória.

Sumário: Introdução. 1. O Princípio da Presunção de Não Culpabilidade e o Princípio da Recorribilidade. 2. Breve Análise das Prisões. 3. Execução Provisória de Pena. 4. O Recurso Extraordinário e o Recurso Especial. 5. O Novo Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o Tema. 6. Possível Reflexo do Precedente no Cumprimento das Medidas Socioeducativas previstas no ECA. 7. Críticas à decisão exarada no HC 84.078. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca o instituto da execução provisória de pena, vale dizer, o cumprimento da pena imposta em sentença condenatória sujeita aos recursos especial e

extraordinário, cuja competência para julgamento cabe ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Busca-se apresentar a relevância prática e teórica do instituto, analisando-se a possibilidade de aplicabilidade dele no ordenamento jurídico pátrio, o posicionamento jurisprudencial da Suprema Corte sobre o tema, além de elucidar os argumentos por ela trazidos.

Objetiva-se trazer à tona a discussão sobre os reflexos da nova ordem constitucional inaugurada em 1988 sobre o Código de Processo Penal, no que diz respeito à execução provisória da pena, mormente no que diz respeito à influência do princípio da não culpabilidade e da isonomia, elencados no art. 5º da CRFB/88.

Pretende-se, ainda, discutir o novo entendimento do STF sobre o tema, exarado no julgamento do HC 84.078, e despertar a reflexão do leitor para possíveis consequências do precedente no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: os princípios norteadores do tema, breve análise do sistema recursal no direito processual penal, exame das prisões previstas no ordenamento pátrio, efeitos dos recursos extraordinários, posicionamento clássico do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena, a recente quebra deste paradigma, e o possível efeito deste sobre a execução das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, críticas à decisão exarada no HC 84.078. A metodologia será pautada pelo método histórico-jurídico e jurídico-prospectivo.

Resta saber, assim, se a aplicação do instituto é benéfica ao réu, à sociedade, e se a alteração no posicionamento da Suprema Corte está em consonância com a nova ordem constitucional.

1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA NÃO CULPABILIDADE E O PRINCÍPIO DA RECORRIBILIDADE

Princípio que remonta ao Direito Romano, conforme se extrai, segundo LOPES JÚNIOR (2006), dos escritos de Trajano, a Presunção da Não Culpabilidade vem expresso na Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, LVII. Tal princípio, segundo a doutrina, abarca duas vertentes. A primeira é de fundo probatório e, na esteira da doutrina PACELLI (2007), tem o condão de estabelecer que cabe à acusação o ônus da prova sobre a autoria e a materialidade do fato delituoso.

Sua segunda vertente, essa atinente ao tema, também levantada por PACELLI (2007), que nomina o princípio de Estado ou Situação Jurídica de Inocência, é uma regra de tratamento, segundo a qual enquanto em curso o processo, não pode o acusado ser tratado como se culpado fosse.

Sendo assim, uma aplicação prática do princípio da não culpabilidade, na sua segunda acepção, é a proibição da antecipação dos efeitos da condenação não transitada em julgado, seja em relação às penas restritivas de direito, seja em relação às penas privativas de liberdade.

Sobre o tema, tem-se o ensinamento do eminente do magistrado espanhol BACIGALUPO (1999 p.46, tradução nossa), “Com efeito, em um Estado de direito que garante a presunção de inocência, o juiz nunca tem diante de si um delinquente, pois ninguém pode ser considerado como tal enquanto não haja uma sentença condenatória contra si.”

Tem-se, portanto, que com a ascensão do princípio da não culpabilidade a princípio constitucional, aquele sobre o qual recai acusação não pode ser tratado como condenado. A

presunção de inocência só é afastada com a efetiva condenação transitada em julgado, sem a qual, não só o juiz, mas toda a sociedade deve tratar o réu como inocente.

Em relação ao princípio do duplo grau de jurisdição, há controvérsia na doutrina processualista e jurisprudencial sobre a existência de previsão constitucional expressa do princípio. Para DIDIER JÚNIOR (2008), o princípio está expresso no art. 5º, LV da CRFB/88 ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Por outro lado, há quem, conforme LIMA (2009), o visualize como garantia implícita, na forma do art. 5º, §2º da CRFB/88, que prevê que os direitos e garantias expressos constitucionalmente não excluem outros previstos no ordenamento pátrio, em consonância com as previsões de competência dos Tribunais Superiores para julgamento de recursos contidas na Constituição, como as que se verificam em seus artigos 102 e 105.

No que tange ao Processo Penal, a controvérsia deixa de ser relevante, uma vez que a previsão do duplo grau de jurisdição consta do Pacto de São José da Costa Rica, art. 8.2.h e no art. 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Os mencionados Tratados Internacionais, que tratam de direitos humanos, foram internalizados pelos Decretos 678/92 e 592/92, respectivamente.

A propósito, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já entendeu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 e do *Habeas Corpus* nº 87.585, que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional 45/2004, como os tratados em comento, tem *status* supralegal, posicionando-se, portanto, hierarquicamente superior às leis, mas não no mesmo plano das normas constitucionais.

Analisando o supra exposto, é de simples verificação a convergência dos princípios elucidados, levando à conclusão de que é garantido no processo penal o direito à recorribilidade e, se a interposição de recurso impede o trânsito em julgado da sentença – e impede - durante a tramitação dos recursos, indispensável se faz a observância do princípio da

não-culpabilidade. Assim, na pendência de recurso, não pode o réu ser tratado como se condenado fosse.

Com isso não se deve concluir que o princípio da recorribilidade está presente somente em favor do réu, pois essa garantia fundamental visa preservar o ordenamento jurídico como um todo, bem como seus jurisdicionados contra a falibilidade do julgador.

Entretanto, se por um lado o princípio da recorribilidade garante o exercício da ampla defesa constitucionalmente assegurada, por outro, desvirtuado, acabou se revestindo de meio para garantia da impunidade.

Essa garantia de impunidade ocorria até 2007, uma vez que a redação originária do Código Penal trazia como último marco interruptivo da prescrição, antes do início do cumprimento da pena, a publicação da sentença condenatória recorrível.

Nesse contexto, diante da sistemática recursal que compõe o ordenamento jurídico pátrio, que permite ao réu o manejo de diversos recursos, como Apelação Criminal, Embargos de Declaração, Recurso Especial, Recurso Extraordinário, dentre outros, o complexo de recursos passou a ser utilizado de forma a procrastinar o feito para se atingir o prazo prescricional previsto em lei.

Atento à problemática, o legislador elaborou a Lei 11.596/2007, que conferiu nova redação ao art. 117, IV do Código Penal, trazendo a previsão de que a publicação do acórdão condenatório também interrompe a prescrição.

Com isso, possibilitou-se a compatibilização do direito à recorribilidade no direito processual penal com o poder-dever estatal de punir aquele que infringe suas leis.

2. BREVE ANÁLISE DAS PRISÕES

A natureza jurídica das prisões está intrinsecamente relacionada ao tema tratado neste artigo, motivo pelo qual uma breve análise dos institutos é indispensável para maior compreensão da matéria.

Sem embargo de outras classificações na doutrina, LIMA (2009) divide as prisões em prisão pena, prisão processual, prisão civil, administrativa e disciplinar. A prisão civil é aquela que tem como escopo constranger o indivíduo ao cumprimento de uma obrigação civil. Atualmente, essa modalidade de prisão só é aplicável ao devedor de alimentos, que tem previsão no art. 5º, LXVII da CRFB/88.

Acerca do tema já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, HC 87.585, no qual afastou a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, ressaltando a possibilidade de prisão civil somente para o devedor inescusável de alimentos.

Após o advento da CRFB de 1988, a prisão administrativa, cuja finalidade é de constranger ao cumprimento de dever de natureza de direito público, somente subsiste se determinada pela autoridade judiciária competente, nos termos do art. 5º, LXI CRFB/88.

A prisão disciplinar está prevista como exceção no art. 5º, LXI CRFB/88 à necessidade de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente e é cabível em caso de transgressão disciplinar.

A prisão pena é aquela que se aplica ao condenado em sentença condenatória transitada em julgado. Assim, após o decurso do processo penal, restando confirmada a condenação e não mais cabendo recursos, a pena imposta deverá ser executada, sendo também conhecida como prisão-sanção

Finalmente, a prisão processual que, segundo TOURINHO FILHO (2007), nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal, é a prisão de índole cautelar que visa impedir que o réu/acusado ponha em risco a ordem econômica, social, o curso das investigações ou a frustração dos efeitos finais da condenação, conforme se observa do art. 312 do CPP.

Para que uma prisão cautelar seja determinada, é necessário, por certo, que esta tenha efetivo caráter de cautelaridade. Assim, é necessário que haja fundado receio de que o réu poderá vir a atuar com os fins enumerados, taxativamente, no art. 312 do CPP.

Sem embargo das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a previsão trazida pelo art. 312 do CPP, o dispositivo traz como razões para decretação e manutenção – e neste particular, deve-se observar que desaparecido o motivo que ensejou a prisão preventiva, deve esta ser revogada – a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Em todos os casos, a lei prevê a indispensabilidade da existência de indícios de autoria e prova da materialidade. Tais requisitos têm o condão de buscar evitar a arbitrariedade da determinação de prisão anterior ao trânsito em julgado da pena.

A medida há de ser razoável e necessária, isto é, proporcional, porque toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve revestir-se de caráter excepcional.

Durante muito tempo houve controvérsia na doutrina sobre duas modalidades de prisão, majoritariamente chamadas automáticas, quais sejam, a prisão decorrente da decisão de pronúncia e a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

No que tange à prisão decorrente de pronúncia, esta estava prevista no art. 408, §1º do Código de Processo Penal, segundo o qual, na sentença de pronúncia, dever-se-iam expedir as ordens necessárias para captura do réu. O §2º do art. 408 CPP trazia uma possibilidade de

não determinação da prisão, que era na hipótese do réu ser primário e apresentar bons antecedentes.

Com a reforma trazida pela Lei 11.689/2008, o dispositivo foi alterado e transferido para o art. 413, §3º do CPP. Agora, em consonância com a Constituição, a prisão somente poderá ocorrer se devidamente motivada.

A prisão em caso de sentença condenatória recorrível era prevista no art. 594 CPP que dispunha que o réu somente poderia apelar se estivesse recolhido à prisão. A norma fazia parte de um sistema penal em que a sentença condenatória, mesmo recorrível, tinha como efeito a prisão, na forma do art. 393, I CPP.

A matéria foi inicialmente sumulada pelo STJ no verbete nº 9 que entendia que a exigência da prisão para apelar não violaria o princípio da presunção de inocência.

Com as discussões doutrinárias e jurisprudenciais daí decorrentes, o Superior Tribunal de Justiça mudou sua posição, sumulando, no verbete nº 347, o entendimento no sentido de que o recurso de apelação deveria ser conhecido independente de ter o réu sido recolhido à prisão ou não.

A súmula 9 do STJ, portanto, somente pode ser entendida hoje como a prisão determinada com base no art. 312 do CPP, essa sim, verdadeira prisão cautelar.

Com o advento da Lei 11.719/2008, o art. 594 CPP fora revogado e substituído pelo art. 387, parágrafo único CPP, que também prevê a decisão motivada da prisão nesse caso, adotando, ainda, o entendimento do verbete nº 347 da Súmula do STJ, explicitando que a prisão em nada importa quanto ao conhecimento do recurso de apelação.

Mesmo antes das alterações legislativas, a maioria da doutrina sempre sustentou a inconstitucionalidade dessas prisões, porque não tinham caráter de cautelaridade, pois não havia o exame das condições para verificar-se a necessidade e a conveniência da prisão. O

legislador, na verdade, teria feito, erroneamente, esse exame quando da feitura da Lei, o que, com o advento da CRFB/88 deixou de ser possível no ordenamento jurídico pátrio.

Havia, ainda, quem sustentasse que tais prisões já tinham o caráter de iniciar o cumprimento da pena, antes mesmo do seu trânsito em julgado, ou melhor, teria caráter de verdadeira execução provisória da pena.

De toda sorte, a discussão, pós-reforma processual 2008, não mais subsiste, dando subsídio histórico para o entendimento da questão, uma vez que as mencionadas prisões apenas podem ser determinadas quando presentes as razões cautelares para tanto.

3. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A expressão “Execução provisória da pena” pode ser entendida em dois contextos. O primeiro deles, que é indiscutível na doutrina e na jurisprudência, se refere à possibilidade de aplicação dos institutos previstos na Lei de Execuções Penais, nº 7.210/1984, aos réus presos em razão de prisão cautelar.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* 92.872, afirmou que “A jurisprudência deste Supremo Tribunal não exige o trânsito em julgado da condenação para que seja possível a progressão de regimes. Precedentes.” Trata-se de matéria sumulada pela Suprema Corte, conforme se verifica no verbete nº 716 da Súmula do mencionado Tribunal.

Segundo conceito que se pode obter da expressão em comento, que é o foco deste trabalho, é a execução provisória da pena como antecipação dos efeitos da condenação ainda

não transitada em julgado. Nesse sentido, quando a condenação estivesse só sujeita a recursos dotados de efeito devolutivo, o réu seria recolhido à prisão para dar início ao cumprimento de sua pena, embora ainda não definitivamente confirmada.

4. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O RECURSO ESPECIAL

A Constituição garante a possibilidade de interposição de recurso extraordinário para o STF, na forma de seu art. 101, III, bem como o Recurso Especial para o STJ, conforme previsão expressa do art. 105, III.

Os recursos extraordinários em sentido lato, constitucionalmente previstos, são dotados tão somente de efeito devolutivo, conforme se verifica nos art. 637 CPP, 27, §2º da Lei 8078 e 479 do CPC. Assim a matéria é devolvida ao tribunal competente, no que atine à existência de violação de dispositivo constitucional ou federal, respectivamente.

Como mencionado, os recursos extraordinários, em regra, não são dotados de efeito suspensivo. No entanto, é possível por meio de Medida Cautelar ao órgão competente, seja atribuído o mencionado efeito ao recurso. Observe-se, no entanto, que se trata de medida excepcional.

Nesse contexto, entendeu-se que, se os ditos recursos não eram dotados de efeito suspensivo, os efeitos da sentença condenatória não seriam suspensos, podendo, desde já, surtir suas implicações próprias, dentre as quais, o recolhimento ao cárcere.

Outro argumento favorável à execução provisória da pena é o disposto no art. 637 do CPP, que preceitua que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez

arraçado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença.

Durante muito tempo esse entendimento foi encampado pelos Tribunais Superiores e, em consequência, dava-se o que se denomina de execução provisória da pena. Provisória porque ainda não havia se dado o trânsito em julgado da sentença que condenou ao cumprimento da pena.

Verifica-se o entendimento exarado pelo STF no HC 85616, *in verbis*: “O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo, razão pela qual não impedem a execução provisória da pena”.

No mesmo sentido, decidiu-se nos autos do HC 89952 que até que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decida de modo contrário, deve prevalecer o entendimento de que é constitucional a execução provisória da pena, ainda que sem o trânsito em julgado e com recurso especial pendente.

5. O NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

Consoante visto acima, classicamente o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo pela constitucionalidade da execução provisória da pena. O posicionamento se verifica em diversos arestos ao longo das últimas três décadas, que se constata nos *Habeas Corpus* 59.757, 71.723 e 84.771, julgados, respectivamente, em 11.05.1982, 14.03.1995 e 19.10.2004.

Recentemente, ao analisar o *Habeas Corpus* 84.078 de relatoria do Ministro Eros Grau, acompanhado pela maioria dos Ministros, o pleno do Supremo Tribunal Federal esboçou novo entendimento, realizando verdadeira quebra de paradigma, ao conceder a ordem

para garantir ao impetrante, acusado de tentativa de homicídio, o direito de recorrer em liberdade aos Tribunais Superiores.

No julgamento noticiado no Informativo nº 534 do STF, que se deu por sete votos a quatro, vencidos os Ministros Menezes Direito, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, a Corte se fundou, principalmente, em três argumentos, os quais se passa a analisar.

Inicialmente, asseverou-se que os art. 105, 147 e 164 da Lei de Execução Penal seriam adequados ao preceito encartado no art. 5º, LVII, da CRFB/88, sobrepondo-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

O art. 637 do Código de Processo Penal, que data de 1941, preceitua que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença.

Por outro lado, os mencionados dispositivos da Lei de Execuções Penais, que data de 1984, e, portanto, posteriores ao Código de Processo Penal, pressupõem o trânsito em julgado da pena para que se extraia a guia para execução da pena privativa de direitos e restritivas de liberdade, além de dispor que é a certidão da sentença condenatória transitada em julgado que valerá como título executivo judicial para execução da pena de multa.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, em análise de antinomia legal aparente, levou em consideração o critério temporal para resolução de conflitos de leis e acabou por entender pela prevalência dos preceitos contidos na LEP, em detrimento do disposto no Código de Processo Penal.

No entanto, não só o critério temporal foi determinante para a decisão. Observou-se, ainda, em cotejo dos dispositivos mencionados em relação ao art. 5º, LVII da CRFB/88 que prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que os dispositivos da LEP são os que apresentam conformidade material com o dispositivo constitucional.

O preceito constitucional do art. 5º, LVII da CRFB/88, que traz à tona o já explicitado Princípio da Não Culpabilidade restou vulnerado pelo art. 637 do CPP, ao não exigir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que se dê início à execução da pena imposta.

Diante disso, pode-se verificar que o STF entendeu pela não recepção pela Constituição Federal de 1988, do art. 637 do CPP e, em consequência, pela preponderância dos dispositivos da LEP.

Afirmou-se, ainda, que a execução provisória da pena privativa de liberdade violaria, além do princípio da presunção de inocência, o da isonomia, dado que as penas restritivas de direitos não comportariam execução antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com relação a execução provisória da pena restritiva de direitos, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido, conforme se verifica no Informativo de nº 423 da mencionada Corte, pela sua impossibilidade, porque haveria ofensa ao já mencionado art. 147 da LEP, e a execução provisória da pena restritiva de direitos em nada poderia beneficiar o condenado.

O *caput* do art. 5º da CRFB/88 traz o princípio da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei. Nesse contexto, se o STF tem entendimento no sentido de vedar-se a execução provisória da pena restritiva de direitos, em atenção ao art. 147 da LEP, em respeito ao mencionado princípio deve adotar o mesmo entendimento em relação à pena privativa de liberdade.

O ordenamento jurídico é uno e sistemático, motivo pelo qual é inconcebível afirmar-se que, em relação à execução provisória de pena restritiva de direitos, o art. 147 da LEP teria tal interpretação e, já no que tange à execução provisória de pena privativa de liberdade, conferir-se ao mesmo dispositivo, entendimento diverso, segundo o qual exigir-se-

ia somente a condenação com base em acórdão condenatório exarado no bojo de apelação criminal, como sustentou o Ministro Eros Grau no julgamento do Habeas Corpus 84.677.

Outro argumento relevante para a conclusão do julgamento foi no sentido de que o modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984 conferiria concreção ao denominado princípio da presunção de inocência, constituindo garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, sanção ou consequência jurídica gravosa.

No entanto, esse quadro teria sido alterado com o advento da Lei 8.038/90, que estabeleceu normas procedimentais relativas aos processos que tramitam perante o STJ e o STF, ao dispor que os recursos extraordinário e especial seriam recebidos no efeito devolutivo. A supressão do efeito suspensivo desses recursos seria reflexo de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei 7.960/89 e, posteriormente, na edição da Lei 8.072/90.

Sobre a questão, ressaltou-se que o novo quadro trazido pelo art. 27, §2º da Lei 8.038/90, no que tange à inexistência de efeito suspensivo aos Recursos Extraordinário e Especial, deve ser observado de forma diversa em relação ao Processo Penal.

Além disso, a CRFB/88 consagrou em seu texto o princípio do devido processo legal, conforme art. 5º, LIV que prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e, como já explicitado acima, é garantia do devido processo legal penal o direito à recorribilidade.

Acrescenta-se, ainda, que a CRFB/88 trouxe outro princípio, esse estritamente relacionado ao Processo Penal. Trata-se do Princípio da Não-Culpabilidade ou Presunção de Inocência que, conforme já referido, está previsto no art. 5º, LVII, e prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse contexto, o Princípio da Não-Culpabilidade deve orientar não somente o órgão julgador, mas também o Legislador, razão por que a exclusão do efeito suspensivo dos Recursos Extraordinários, aqui tratados enquanto gênero, não é aplicável ao processo penal, sob pena de violação ao fundamento de validade das normas infraconstitucionais.

Vale ressaltar que o Princípio é decorrência lógica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que, conforme afirma SARMENTO (2003), se trata do epicentro axiológico da Constituição e, pode-se sustentar que a privação forçada da liberdade sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, excluída a hipótese de prisão cautelar, vulnera não apenas o Princípio da Não-Culpabilidade, como o próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em si mesmo.

6. POSSÍVEIS REFLEXOS DO HC 84.078 NA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Há muito se discute a natureza jurídica das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicadas ao adolescente infrator que comete ato infracional análogo a crime.

Na jurisprudência pátria dos Tribunais Superiores, além dos Tribunais Estaduais, citando como exemplo o Colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, verifica-se que embora se reconheça o caráter reeducativo e preventivo das medidas socioeducativas, observa-se que não se retira o caráter punitivo, retributivo das mencionadas medidas.

Adotando o mencionado posicionamento, o STJ no Recurso Especial 1049444/RS, julgado em 27.10.2009, de relatoria do Ministro Og Fernandes afirmou claramente que as medidas socioeducativas têm natureza retributiva e repressiva.

Nesse contexto, vem-se reconhecendo a aplicabilidade do instituto da prescrição às medidas socioeducativas, sendo a matéria objeto de enunciado da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, como se observa do verbete nº 338 da Súmula da mencionada Corte, com redação cristalina nesse sentido.

Assim, demonstra-se, cabalmente, o reconhecimento do caráter penal das medidas previstas no art. 112 do ECA. Nesse sentido, tem-se o HC 96.520, julgado pelo STF, em 24.03.2009, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que determina a aplicação das normas penais prescricionais às medidas aplicadas com fundamento no ECA.

O art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a adoção do sistema recursal do Código de Processo Civil, com algumas adaptações trazidas nos incisos I a VIII.

Prevvia o inciso VI do art. 198 do mencionado diploma legal, que as apelações seriam dotadas tão somente de efeito devolutivo. Em decorrência disso, reconhecia-se que a execução das medidas impostas se dá antes do trânsito em julgado do processo.

Recentemente, no entanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente sofreu modificações pela Lei 12.010/2009 que revogou o artigo 198, VI do ECA, razão por que a partir da vigência da Lei 12.010/2009, a hermenêutica leva à conclusão de que as apelações passaram a serem dotadas também de efeito suspensivo, que é a regra geral trazida pelo Código de Processo Civil, em seu art. 520.

Nesse diapasão, não é difícil antever que se instaure na doutrina e na jurisprudência celeuma quanto à continuação da possibilidade de execução provisória das medidas socioeducativas.

Diante da recente alteração de paradigma ocorrido no julgamento do HC 84.078, em que o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade da execução provisória da pena, em razão dos princípios do devido processo legal e da presunção de não culpabilidade, deve-se questionar até que ponto essa decisão influenciará ou deverá influenciar na aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente

Aliando-se a revogação do art. 198, VI do ECA ao novo entendimento do STF sobre execução provisória da pena, e o entendimento já consolidado dos Tribunais no sentido de que não se pode afastar de todo o caráter retributivo das medidas socioeducativas, o que justifica a aplicação analógica do art. 109 do Código Penal que prevê o instituto da prescrição, há chances de que o entendimento exarado no HC 84.078 seja estendido à execução das medidas socioeducativas aplicadas pelo Juízo da Infância e da Juventude.

Especificamente no que se refere ao Estatuto da Criança e do Adolescente, é importante que não se perca de vista que, embora haja o caráter retributivo, a característica preponderante das medidas socioeducativas deve ser o caráter reeducativo e preventivo, no intuito de evitar que os que hoje são adolescentes infratores, não se tornem adultos, penalmente imputáveis, em violadores da Lei Penal.

Embora seja sustentável a tese de que, assim como no processo penal, nos processos sujeitos ao ECA, só se permita a execução provisória quando presentes os requisitos que ensejam a adoção de medida cautelar, não se pode deixar de observar que as medidas socioeducativas somente são aplicáveis aos adolescentes, sendo estes aqueles entre 12 e 18 anos de idade.

Certo é que já há entendimento consolidado no sentido de que a execução das medidas socioeducativas não deve ser extinta com o advento da maioridade penal que se dá aos 18 anos, conforme art. 228 da Magna Carta. O entendimento dos Tribunais é pacífico no

sentido de que a execução das medidas socioeducativas devem se estender até o alcance da idade de 21 anos.

Adotando o mencionado posicionamento, exemplifica-se o HC 94.939, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 14.10.2008, que trouxe como fundamentos legais previstos no ECA o artigo 121, §5º, que prevê a liberação compulsória aos 21 anos de idade, combinado com o artigo 120, §2º, 104, parágrafo único, que prevê que para efeitos de aplicação dos Estatuto deve ser considerado adolescente à data da prática do ato infracional, e 2º, parágrafo único, que prevê aplicação do Estatuto excepcionalmente às pessoas entre 18 e 21 anos.

Deve-se, portanto, levar em consideração que a extensão dos efeitos do HC 84.078 à execução das medidas socioeducativas, possivelmente ensejará a perda da eficácia preventiva da norma, e negativa de vigência a ela em face da impossibilidade de aplicação delas, uma vez que com o manejo de recursos visualiza-se a possibilidade de que o adolescente infrator complete 21 anos sem que tenha a decisão transitado em julgado, deixando, portanto, de lhe ser aplicada a medida que visa prevenir a formação de mais um marginal da Lei.

Resta, no entanto, aguardar a manifestação dos Tribunais Superiores sobre a questão ora comentada.

7. CRÍTICAS À DECISÃO EXARADA NO HC 84.078

Embora a decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal tenha como escopo a efetivação do princípio da não culpabilidade insculpido na Carta Política de 1988, esse

entendimento pode esbarrar em outras garantias, quais sejam, a celeridade processual, a segurança jurídica, além da tão almejada paz social.

É sabido que os Tribunais pátrios e, mormente o Supremo Tribunal Federal, encontram-se assoberbados de processos pendentes de julgamento que podem levar anos e mais anos até que se tenha uma decisão final exarada.

A impossibilidade do início de cumprimento de pena determinada em sentença antes do seu trânsito em julgado da mesma poderá ter como consequência o manejo do sistema recursal afastado da possibilidade de modificação do julgado, tendo, pois, somente como elemento motivador o de adiar o cumprimento da pena.

Nesse contexto, é possível antever que cada vez mais recursos serão direcionados ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, levando o Poder Judiciário a uma quase negativa de jurisdição, considerando-se que o devido processo legal deve ter em conta que o processo deve ter duração razoável.

Sentença justa, portanto, não é só aquela que está em conformidade com o direito material e processual vigente, mas também aquela é que proferida em tempo razoável. Sensível a isso, o Constituinte Reformador inseriu, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, o inciso LXXVIII ao art. 5º, prevendo a duração razoável do processo.

Nenhum princípio ou garantia Constitucional pode ser visto de forma absoluta, sendo certo que, na maioria das vezes, senão em todas, há necessidade de utilização da ponderação, definindo-se qual garantia deverá preponderar no caso concreto.

Partindo dessa premissa, não é possível conceber-se o princípio da não culpabilidade e do duplo grau de jurisdição como os únicos informadores da matéria.

É necessário que se leve em consideração a excepcionalidade dos recursos extraordinários, nos quais incabível a discussão de matéria probatória, conforme verbete nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, e o verbete nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

Os Tribunais Superiores não podem ser vistos como mais uma instância jurisdicional, visto que tem, por ordem do Constituinte, função primordial de guarda da Constituição, no caso do STF, e de guarda da Legislação Federal, no caso do STJ.

Não tem esses Tribunais como função precípua a tutela do direito das partes, mas sim a garantia da unidade da ordem Constitucional, sendo a tutela do direito das partes uma consequência dessa unificação.

Em contrapartida, deve-se ainda considerar que a pena não pode mais ser considerada como um fim em si mesmo, mas sim como meio de recuperação, ressocialização e prevenção.

A pena não pode ser vista tão somente como direcionada ao cidadão delinquente, mas também como um espelho para toda a sociedade. A sensação de impunidade que certamente vigora no Brasil, acaba por ser vista como um impulso à criminalidade, como um incentivo à prática de crimes, pois se corre o risco de ter-se a imagem de que, nesse país, o crime compensa.

Segundo BECCARIA (2006), mais útil e justa será a pena, quanto mais pronta for e mais de perto seguir o delito. O autor diz ainda que a pena deverá ser sensível aos que testemunharam o delito. Daí se extrai, portanto, que é necessário, para garantia da paz social que ao delinquente seja imposta pena, que servirá não só para sua ressocialização, mas também como meio de mostrar-se a sociedade que as leis devem ser respeitadas e que a todo aquele que a infringir, caberá sanção determinada pelo ordenamento jurídico.

Cabe aqui tecer brevíssimas considerações sobre a *Broken Windows Theory*, segundo a qual a desordem leva à criminalidade e a tolerância com pequenos delitos leva à criminalidade violenta. A tese é ilustrada por meio de um prédio com janelas quebradas, que se não reparadas em tempo, levarão à sensação de que não há responsável pelo local e, em pouco

tempo, o que era apenas janelas quebradas se tornará em um prédio invadido, onde imperará a desordem.

É possível fazer-se um paralelo entre a mencionada teoria e à sensação de impunidade gerada pela decisão proferida no HC 84.078. Se a população vê que os crimes cometidos não são punidos ou levam anos e mais anos para que isso ocorra, até que caia no esquecimento do popular, pode-se antever a quebra do prestígio do Poder Judiciário e o aumento da delinquência.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a decisão exarada nos autos do HC 84.078 em matéria de execução provisória, configura alteração substancial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com fins de garantir eficácia ao Princípio Constitucional da Presunção de Não Culpabilidade, além de prestigiar outro princípio, qual seja, o Princípio da Isonomia.

Olvidou-se o Supremo Tribunal Federal, no entanto, de privilegiar a paz social, dando prevalência para os princípios e valores individuais em detrimento da expectativa do coletivo de jurisdicionados em ver a eficácia das decisões judiciais concretizar-se com a punição daqueles que já foram condenados em duas instâncias, sem levar em conta que a matéria a ser discutida em sede de recursos excepcionais, limita-se tão somente a questão de direito, sem alcance da matéria de fato, o que por si só, já teria o condão de trazer segurança suficiente para o cumprimento da pena.

Aguarda-se que a decisão seja vista não tão ampliativamente ao ponto de atingir à execução das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, sob

pena de concretizar-se, no que se refere ao menor infrator, verdadeira ineficiência da jurisdição, propiciando o deslinde processual até que o menor torne-se inatingível pelas medidas aplicadas que somente podem ser impostas até os 21 anos de idade.

Deve-se aguardar para verificar-se quais serão os efeitos práticos da decisão não só em relação ao corpo carcerário, mas também em relação a toda a população, ansiosa pela punição dos criminosos.

Se, por um lado, a decisão traz mais uma chance de manter-se o réu em liberdade, por outro traz aos jurisdicionados extrema insegurança no que se refere à aplicabilidade da lei penal e processual penal.

O direito, no entanto, não é estático, mas ao contrário, dinâmico, pelo que será a partir das repercussões trazidas pela decisão exarada no HC 84.078 que se verificará a manutenção do novo entendimento jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Paulo Henrique da Silva. *Pendência de Recurso sem efeito suspensivo e Prisão Provisória*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13466>>. Acesso em 4 out. 2009.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Russel, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.049.444/RS. Relator: Min. Og Fernandes. Publicado no DJE de 16.11.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 59.757. Relator: Min. Soares Muñoz. Publicado no DJ 11.05.1982.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71.723. Relator: Min. Ilmar Galvão. Publicado no DJ de 30.05.1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.677. Relator: Min. Eros Grau. Publicado no DJE de 08.04.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.771. Relator: Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ de 12.11.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85.616. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Publicado no DJ de 17.11.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87.585. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DJE de 26.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 89.953. Relator: Min. Carlos Britto. Publicado no DJ de 14.11.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94.939. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DJE de 06.02.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96.520. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJE de 24.04.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.078. Relator: Min. Eros Grau. Publicado no DJE de 17.02.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 466.343. Relator: Min. Cezar Peluso. Publicado no DJE de 04.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 92.872. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJE de 15.02.2008.

CAPEZ, Fernando. *Do Direito de Recorrer em liberdade na visão do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13398>>. Acesso em 10 set. 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e execução penal*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12.ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, Tolerância Zero e criminalidade*. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>> Acesso em 20 out. 2009.

SAMENTO, DANIEL. *A ponderação de interesses na Constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.