



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da Compatibilidade da Execução Provisória no Sistema Proposto pelo ECA

Carolina Moreira Miranda

Rio de Janeiro
2016

CAROLINA MOREIRA MIRANDA

Da Compatibilidade da Execução Provisória no Sistema Proposto pelo ECA

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Orientadores:
Prof^ª. Mônica Areal
Prof. Nelson C. Tavares Junior
Prof^ª. Néli Fetzner

Rio de Janeiro
2016

DA COMPATIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO SISTEMA PROPOSTO PELO ECA

Carolina Moreira Miranda

Graduada pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o Direito da Criança e do Adolescente sofreu significativas alterações com o advento da CRFB/88, sendo introduzido o princípio da proteção integral e da condição peculiar de pessoa em estágio de desenvolvimento. Contudo, nas instituições de aplicação da medida socioeducativa de internação se constata a ausência de efetivação destas e de outras garantias previstas no ECA. Sendo assim, a essência do trabalho é questionar a compatibilidade da execução provisória dessas medidas dentro desta realidade.

Palavras-chave: Direito da Criança e do Adolescente. Estatuto da Criança e do Adolescente. Execução Provisória. Efeitos da apelação no ECA.

Sumário: Introdução. 1. Do instrumento da execução provisória no processo penal e suas críticas. 2. Características Peculiares Propostas Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Da Inadequação da Execução Provisória para o Sujeito em Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa aborda a controvérsia acerca da compatibilidade da execução provisória com sistema proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Procura-se demonstrar que, tendo como base as características peculiares propostas pelo Estatuto e a realidade da Justiça Juvenil pátria, é questionável a aplicação da medida de internação em execução provisória, antes mesmo do julgamento do recurso apelação, nas hipóteses em que o adolescente ficou em liberdade durante toda a instrução criminal.

Nesse contexto, a Constituição Federal da República traz em seu bojo o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a liberdade. Entretanto, percebe-se que, no que tange a execução provisória da sentença, a jurisprudência pátria é mais rigorosa no tratamento conferido ao adolescente infrator se comparado ao atribuído ao réu no processo penal.

O tema é controvertido na doutrina, embora tenha sido recentemente pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que concluiu que o adolescente infrator, em

regra, não tem direito de aguardar em liberdade o julgamento da apelação interposta contra a sentença que lhe impôs a medida de internação.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os principais princípios do microsistema proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e sua importância para o bom desenvolvimento do público infanto-juvenil, em contraposição com os fundamentos da decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando o instituto da execução provisória da pena, que é tema de grandes controvérsias no processo penal, tendo em vista o postulado da presunção de inocência previsto no art. 5º, inc. LVII da CRFB/88.

No segundo capítulo, será demonstrado um panorama geral do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Isto porque o seu sistema detém características peculiares, trazendo em seu cerne o paradigma da proteção integral à criança e ao adolescente, a condição peculiar de pessoa em estágio de desenvolvimento e as diversas consequências da internação à vida desses adolescentes. Será analisado, também, o sistema de responsabilização do ECA, à luz do art. 228 da CRFB/88.

O último capítulo destina-se a introduzir a problemática da execução provisória da medida de internação, que tem sido admitida e aplicada pela jurisprudência pátria, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo diante da condição peculiar de pessoa em estágio de desenvolvimento dos adolescentes.

A pesquisa pretendida seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva–qualitativa e parcialmente exploratória, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DO INSTRUMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO PROCESSO PENAL E SUAS CRÍTICAS

A Constituição da República Brasileira de 1988 adota, no rol de princípios e garantias fundamentais, positivado no inciso LVII do artigo 5º, o postulado da presunção da

inocência. Essa opção ideológica, segundo Aury Lopes Júnior¹², “decorre da consciência de que o preço pago pela prisão prematura do inocente é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro”. O autor narra²:

Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é a proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e a todos a ele submetidos o são, pois só perdem este *status* após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção de inocência constitucional prevista no art. 5º, LVII, da Constituição.

O princípio da presunção de inocência consagra a ideia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esta garantia individual tem seus reflexos no dever de tratamento (o réu deve ser tratado como inocente) e na impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, ou seja, antes do julgamento dos Recursos Especial e Extraordinário; ressalvadas as hipóteses de flagrante delito ou em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência, de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.³

Não obstante a banalização da prisão cautelar no Judiciário, até o início de 2016, era entendimento pacífico que somente era possível o início da execução da pena com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mesmo que houvesse recurso aos Tribunais Superiores.

Ocorre que, em fevereiro do corrente ano, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, em uma decisão histórica, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal alterou entendimento até então sedimentado na jurisprudência pátria, estabelecendo que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Entre os fundamentos da decisão, está o parágrafo 2º do artigo 27 da Lei n. 8.038/1990, que prevê que os recursos especial e extraordinário são recebidos somente no efeito devolutivo. Com isso, não haveria efeito suspensivo nestes recursos excepcionais, de forma que, o órgão julgador de segunda instância poderia expedir mandado de prisão contra o réu, caso fosse mantida a sentença condenatória⁴.

¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 549.

² Idem. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37.

³ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em: 04 de abr. de 2016.

Além disso, a decisão se baseou no exaurimento do exame dos fatos e provas na segunda instância. Isto porque, os Tribunais Superiores, de acordo com o enunciado da súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça e da súmula 219 do Supremo Tribunal Federal, não realizam reexame probatório. Nessas circunstâncias, estaria, após a decisão de segunda instância, fixada a responsabilidade criminal do acusado.

Com o fim de reforçar a sua decisão, o Ministro Teori Zavascki trouxe à sua fundamentação estudo de direito comparado feito por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman⁵. Nesse é demonstrado que, em vários países, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá e Alemanha, a execução provisória da pena é, também, possível em segunda instância.

Para tais autores, o princípio da presunção da inocência, assim como os demais princípios constitucionais, não é absoluto. Dessa forma, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, de forma que a execução provisória da pena prevista nos artigos 393, 594 e 637 do Código de Processo Penal, e parágrafo 2º do artigo 27 da Lei n. 8.038/90 não contraria os dispositivos constitucionais.

O jurista Luiz Flávio Gomes⁶, apesar de afirmar o caráter relativo do princípio constitucional da presunção de inocência, discorda da forma como foi permitida a imediata execução da pena pelos Ministros, assegurando ser necessária Emenda Constitucional para tal mudança:

Violando flagrantemente a CF assim como o Sistema Interamericano, o STF não resolveu o assunto definitivamente, visto que ele exige uma rápida Emenda Constitucional (relativamente simples) para solucioná-lo. De minha parte, já estou lutando nesse sentido e falando com todos os parlamentares a que tenho acesso. A presunção de inocência, prevista na CF-88 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), não é um direito (e sim uma garantia) absoluto. O legislador não está impedido de disciplinar o assunto. Note-se que todos os tratados e documentos internacionais (desde o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) diz que a presunção de inocência se derruba “de acordo com a lei” (de acordo com a legislação de cada país). O estágio civilizado do Ocidente exige para isso o duplo grau de jurisdição. Nesse sentido é a Convenção Americana (art. 8º) assim como a jurisprudência interamericana.

Não somente o modo por meio do qual foi adotada a mudança, sem a realização de uma Emenda Constitucional, foi alvo de críticas dos juristas. Analisando-se a decisão de

⁵ FRISCHEISEN, Luiza C. Fonseca; GÁRCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. *Execução Provisória da Pena: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro*. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.br/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outros-eventos/outros-eventos/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf> Acesso em. 28 de mar. de 2016.

⁶ GOMES, Luiz Flávio. Fonseca; GÁRCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. *Decisão do STF sobre execução provisória da pena viola julgados de Corte Interamericana*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/02/22/decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-viola-julgados-de-corte-interamericana/>> Acesso em. 01 de abr. de 2016.

forma pragmática, ou seja, buscando as consequências que trará na realidade social brasileira, é que são encontrados os maiores problemas.

Em primeiro lugar, é fato notório a existência de superlotação carcerária brasileira. Em notícia divulgada em junho do ano passado, o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, afirmou que a população carcerária somava, à época, 607.731 pessoas. A estimativa era que faltavam 231.062 vagas no sistema carcerário⁷.

Nesse contexto, a decisão do Supremo Tribunal Federal se torna mais preocupante, na medida em que, permitindo a execução provisória da pena após a decisão de segunda instância, o número de mandados de prisão expedidos diariamente pelos Tribunais de todo país irá aumentar consideravelmente.

A superlotação carcerária submete suas vítimas à situação degradante. Há uma completa violação às garantias previstas na Lei de Execução Penal, com péssimas condições de higiene e ausência de trabalho para o apenado. Com isso, torna-se inviável uns dos objetivos da pena: a “ressocialização”⁸. Submetido a todo tipo de constrangimento e privação de direitos, certo é que não há qualquer “ressocialização” para o retorno à sociedade.

Se a questão já é alarmante para os presos definitivos, torna-se mais grave no que tange ao preso provisório. Está se submetendo, como regra, um indivíduo que ainda não esgotou todos os recursos, ou seja, que ainda pode ser declarado inocente pelo Estado, à situação degradante dos presídios brasileiros.

Nesse contexto, Ferrajoli⁹ defende o viés absoluto do princípio da presunção de inocência, dizendo que é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso alguns culpados fiquem impunes. Isso porque, o maior interesse do corpo social é que todos inocentes estejam protegidos, bastando que os culpados sejam geralmente punidos.

Contudo, a população brasileira está vivendo um momento de busca pelo fim da impunidade. Com os recorrentes escândalos de corrupção e situações cotidianas de violência, ao que parece, a população brasileira, sobretudo os que não juristas, acredita que o maior

⁷ CANCIAN, Natália. *População carcerária cresce 7% ao ano e soma hoje 607 mil pessoas*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1646639-com-607-mil-presos-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>> Acesso em 04 de abr. de 2016.

⁸ A palavra ressocialização foi colocada entre aspas visto que este objetivo da pena é criticado pelos criminólogos críticos. Esses enxergam um paradoxo no sistema penal, pela impossibilidade de se educar para liberdade pela privação da liberdade.

⁹ FERRAJOLI apud LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., 2013, p. 227.

número de prisões irá melhorar a situação. Nesse contexto, em que “mais vale um inocente preso do que um culpado nas ruas”, a decisão do Supremo Tribunal Federal atendeu aos anseios da mídia por uma resposta aos problemas existentes.

Contudo, não há qualquer comprovação de que a mudança empreendida pelo Supremo amenizará a situação. Segundo Aury Lopes Jr.¹⁰, a criminalidade é um fenômeno complexo, que decorre de fatores biopsicológicos, em que o sistema penal desempenha um papel secundário na sua prevenção. No mais, a pena, nos moldes estabelecidos no nosso país, não serve como elemento de prevenção, não reeduca e tampouco ressocializa.

Assim, observa-se que, no processo penal, há inúmeras críticas do instituto da execução provisória da pena.

2. CARACTERÍSTICAS PECULIARES PROPOSTAS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Direito da Criança e do Adolescente foi significativamente alterado com o advento da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, que estabeleceu novos paradigmas ao microsistema. A nova ordem rompeu com o já consolidado modelo da situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral. Com isso, o legislador constituinte, em seu art. 227¹¹, conferiu às crianças e aos adolescentes, alguns direitos fundamentais importantes para as pessoas em estágio de desenvolvimento. Acerca do novo modelo, Garrido de Paula¹² narra:

O Direito da Criança e do Adolescente almeja a proteção integral, definindo-lhe seu conteúdo os desideratos do desenvolvimento saudável e da integridade. Seus instrumentos genéricos de garantia estão materializados nos princípios do respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento e de prioridade absoluta.

Assim, pode se concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente tem três pilares básicos: a criança e o adolescente são sujeitos de direitos; à afirmação de sua condição

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., 2016, p. 48.

¹¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹² DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 37

peculiar de pessoa em desenvolvimento; e à prioridade absoluta na garantia de direitos fundamentais.

O princípio da prioridade absoluta consagra a ideia de primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Trata-se de princípio estabelecido pelo art. 227 da CRFB/88, com previsão no art. 4º e no art.100, da Lei n. 8.069/90.

No que tange à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento leciona Paulo Afonso Garrido de Paula ¹³:

Evidente a especialidade da criança ou adolescente, impondo consideração permanente de seus atributos individualizados, em constante transformação em seus múltiplos aspectos: físico, mental, moral, espiritual e social. Aos olhos do Direito da Criança e do Adolescente os seus destinatários principais são enxergados sob o prisma do dinâmico, sob a ótica de seus movimentos ascendentes, sob a marcha da sucessão das mudanças, sob o curso das constantes evoluções.

Nesse contexto, o Direito da Criança e do Adolescente integra, também, o sistema de responsabilização, já que, segundo artigo 228 da CRFB/88¹⁴, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, estando sujeito à aplicação do ECA. Assim, o Estatuto estabelece que, no caso da criança (até doze anos incompletos), ser autora de um ato infracional, deverão-lhe aplicar medidas de proteção; já o adolescente (entre doze e dezoito anos de idade) que cometer ato infracional estará sujeito à aplicação de medida socioeducativa, podendo variar de advertência à internação em estabelecimento educacional.

Na aplicação destas medidas socioeducativas, o Estatuto instituiu um conjunto de direitos e garantias, conforme expõe Nicodemos¹⁵:

Ainda neste cenário de direitos e garantias contornados por um alto nível de formalidade, são assegurados, conforme o artigo 111 da lei infanto-juvenil, o pleno formal conhecimento da atribuição do ato infracional, uma igualdade na relação processual, podendo se confrontar com vítima e testemunhas e produzir quantas provas sejam necessárias para o exercício pleno de sua defesa. Além do direito de autodefesa, quando o adolescente será ouvido pela autoridade judiciária, inclusive, com a presença de seus pais, por razão lógica do dispositivo supracitado, o adolescente terá o direito a uma defesa técnica, que deverá ser exercida por meio de

¹³ DE PAULA, op. cit., p. 37.

¹⁴ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

¹⁵ NICODEMOS, Carlos. *A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 03 de out. de 2016

um advogado habilitado. Assegurou ainda o legislador estatutário a plena gratuidade na assistência judiciária, quando necessário.

Além disso, a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, estabeleceu que os objetivos das medidas socioeducativas são a responsabilização do adolescente, a integração social e a desaprovação da conduta infracional (art. 1º, parágrafo 2º, da Lei n. 12.594/12). Na aplicação da medida, deve se levar em conta a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, parágrafo 1º da Lei n. 12.594/12).

Sobre o tema, Santos¹⁶ aduz que:

A política de proteção integral do Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu um sistema moderno de instrumentos e de procedimentos jurídico-administrativos para enfrentar o problema do comportamento anti-social da juventude, criando novas categorias jurídicas para expressar seus conceitos centrais: a lesão de bem jurídico proibida em lei sob ameaça de pena, chama-se ato infracional – e não crime; a reação oficial como consequência jurídica do ato infracional, chama-se medida socioeducativa – e não pena; a privação de liberdade do adolescente por medida sócio educativa, chama-se internação – e não prisão, etc.

Com isso, em obediência ao princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, a medida privativa de liberdade imposta ao adolescente deverá atender dois princípios constitucionais: o princípio da excepcionalidade e o princípio da brevidade (CFRB/88, art. 227, parágrafo 3º, inciso V). Por estar o adolescente em constante mudança, a aplicação de medida que lhe prive de sua liberdade deve ocorrer somente em último caso e pelo menor tempo possível.

Contudo, apesar do reconhecimento do mérito do Estatuto da Criança e do Adolescente em estabelecer tais direitos e garantias, Carvalho¹⁷ mostra que, em comparação com justiça penal dos adultos, o sistema de Justiça Juvenil padece de efetividade. A razão seria uma “lógica interpretativa de exclusão”¹⁸ destes adolescente em conflito com a lei do seio social.

A “lógica interpretativa de exclusão” parte da ideia de que a imensa maioria dos jovens submetidos às medidas socioeducativas previstas no ECA são negros e de baixa renda,

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos*. Curitiba: Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf>>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

¹⁷ CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão; MAYER, Denise Both. *Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral*. Disponível em: <<http://ufjf.academia.edu/salocarvalho>>. Acesso em: 26 de set. de 16. p. 12.

¹⁸ NICODEMOS, op. cit., p. 78.

furtados do acesso à educação, saúde básica, lazer, etc. Assim, a criminalização destes jovens não teria como causa as carências sociais; mas, pelo contrário, o seu *status* social seria “a própria origem da filtragem do processo de criminalização”¹⁹.

Santos²⁰ é categórico ao afirmar que:

A situação da juventude brasileira é agravada pelo processo de marginalização, com exclusão do adolescente do sistema escolar e do mercado de trabalho. (...) Milhões de adolescentes das favelas e bairros pobres dos centros urbanos são obrigados a sobreviver com meios ilegítimos pela simples razão de que não existem outros: vendem e usam drogas, furtam, assaltam e matam – e sobre eles recai o poder repressivo do Estado, iniciando a terceira e decisiva consequência da exclusão social, a criminalização de marginalizados rotulados como infratores, prisionalizados no interior de entidades de internação da FEBEM, que introduz os adolescentes em carreiras criminosas definitivas.

Nesse contexto, entre hipóteses que evidenciam a minimização das garantias, em relação à interpretação e à aplicação do direito da execução, se observa a determinação de cumprimento de medidas socioeducativas sem trânsito em julgado²¹, com a impossibilidade do adolescente aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade.

No entanto, conforme será abordado no capítulo seguinte, esta situação é alvo de inúmeras críticas pelos doutrinadores.

3. DA INADEQUAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA PARA O SUJEITO EM DESENVOLVIMENTO

Em razão da inexistência de regras explícitas para o processo de execução das medidas sócioeducativas, após mais de 25 anos do advento no Estatuto da Criança e do Adolescente, jurisprudência e doutrina pátrias ainda discutem e divergem sobre a (im)possibilidade e (in)compatibilidade de cumprimento da medida socioeducativa de internação.

¹⁹ SANTOS, op. cit., p.4

²⁰ Ibid.

²¹ CARVALHO, op. cit., p. 12.

O Supremo Tribunal Federal²² adota o entendimento de que, em que pese a medida de segurança ter, primordialmente, a natureza pedagógica e finalidade protetiva, reveste-se de caráter sancionatório-aflitivo, de forma que o postulado da presunção de inocência se aplica ao processo que apura a prática de ato infracional. Por isso, não seria adequada a internação provisória, que tem natureza cautelar e não satisfativa, afora as hipóteses que demonstrem a necessidade imperiosa da medida.

Em contrapartida, recentemente, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão afirmando a possibilidade de imediato cumprimento da medida socioeducativa de internação, ainda que pendente recurso de apelação e ausente internação provisória durante o processo. O fundamento trazido no voto vencedor, é que a medida socioeducativa tem como missão precípua não a punição pura e simples do adolescente em conflito com a lei, mas, principalmente, a ressocialização e a proteção do jovem infrator. Seria, portanto, prejudicial o retardamento do início do cumprimento da medida e a manutenção do adolescente na situação de risco²³.

Por vezes o Superior Tribunal de Justiça²⁴ equipara a internação provisória à antecipação de tutela, de forma a fundamentar a concessão de efeito meramente devolutivo à apelação, quando o adolescente tenha permanecido, durante toda a instrução processual, internado provisoriamente. É que, o art. 108, parágrafo único, do ECA, prevê a internação provisória como tutela antecipada, de modo que seria hipótese de exceção ao duplo efeito do recurso de apelação (art. 1.020, §1º, inc. V, CPC/15).

Como se pode observar a delicada questão que atinge milhares de jovens em todo Brasil ainda é extremamente controvertida na nossa jurisprudência. Tal fato, é criticado pela doutrina, que se preocupa com as consequências de uma segregação prematura na vida destes adolescentes.

É que, o argumento do Superior Tribunal de Justiça, de que a medida de internação busca primordialmente a “ressocialização e a proteção do jovem infrator” não parece ser

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 122.072-SP. Relator: Ministro Dias Toffoli Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6820616>>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 346.380-SP. Relatora: Ministra Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340168874/habeas-corpus-hc-346380-sp-2015-0326099-0/inteiro-teor-340168900>>. Acesso em: 24 de ago. de 2016.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 338.475-SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61145793&num_registro=201502569510&data=20160531&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

visualizado na realidade cotidiana dos adolescentes. Ellen Rodrigues²⁵, em sua tese de doutorado, pôde realizar uma análise empírica, acompanhando a aplicação de medidas socioeducativas no Estado de Minas Gerais. Concluiu que “através de práticas violentas, os adolescentes são privados de liberdade e têm seus direitos violados”. Edson Passetti²⁶ conclui que, embora o ECA seja a legislação mais avançada que já se criou no Brasil, “é inquestionável que a mentalidade jurídica permanece penalizadora e cada vez mais contrária aos postulados presentes no diploma”.

Kátia Maciel²⁷, divergindo da decisão proferida pelo STJ no HC n. 346.380-SP, entende que, nos casos em que o adolescente permaneceu em liberdade durante todo o curso da instrução do processo socioeducativo, a sua apelação, necessariamente, deverá ser recebida no duplo efeito, ou seja, deverá ter o efeito devolutivo existente em qualquer recurso de apelação e o efeito suspensivo, de forma a permitir que o jovem aguarde o julgamento colegiado em liberdade. Assim, somente não haveria efeito suspensivo quando permanecessem inalteradas as razões que justificaram a internação provisória durante a instrução criminal.

Além disso, merece críticas o fundamento de que a internação provisória é espécie de tutela antecipada, de modo que seria hipótese de exceção ao duplo efeito do recurso de apelação. Ora, à luz da instrumentalidade do processo, em que esse é enxergado como mero instrumento para o acesso à ordem jurídica justa²⁸, cada vez tem menos espaço, principalmente com o advento do Novo Código de Processo Civil, a privação de direitos fundamentada em aspectos processuais. A necessidade ou não da internação do adolescente deve ser analisada de forma casuística, à luz das orientações previstas no ECA e na Constituição, não podendo ser estabelecida somente com base em aspectos processuais.

No mais, sob uma falaciosa justificativa protetiva, percebe-se que a segregação destes adolescentes não segue a lógica da *ultima ratio*, último recurso, de forma que, como observa Ellen Rodrigues²⁹ “a despeito das novas diretrizes, preconizam a necessidade de

²⁵ RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. 299 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 173

²⁶ PASSETTI apud RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. 299 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 173

²⁷ MACIEL, Kátia. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 811

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 53.

²⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 189

segregação dos adolescente infratores e enxergam a punição como a *prima ratio* do sistema”. Com isso, ocorre a recorrente violação ao princípio da excepcionalidade consubstanciado no inc. V do art. 227³⁰ da CRFB/88.

Assim, o quadro da Justiça Juvenil se torna alarmante, principalmente quando observados os dados trazidos pelo CNJ em 2012, que, em trabalho de investigação das reais condições do sistema socioeducativo brasileiro, concluiu que na totalidade dos estabelecimentos havia superlotação. No Ceará a taxa de ocupação alcançava o patamar de 221%!

Veja a conclusão do Relatório de Visita feito no Rio de Janeiro em outubro de 2012³¹:

Maioria das unidades antigas, fora dos padrões arquitetônicos do SINASE; Concentração de todas as unidades na capital ou região metropolitana; Tratamento assemelhado ao prisional; Na Unidade Instituto Padre Severino: violência dos agentes, inclusive com uso de gás de pimenta; péssima qualidade da alimentação; ociosidade dos adolescentes; ida à escola em dias “alternados” ou mesmo apenas semanalmente; Separação dos adolescentes nas unidades por “facção”, ao invés de idade, compleição física e gravidade da infração;

Desse modo, se observa que a realidade da Justiça Juvenil brasileira não está distante da realidade da Justiça Penal. Ambas padecem com a banalização das medidas de segregação provisória e com a superlotação de seus estabelecimentos, se divorciando das garantias e direitos previstos na Constituição e nas respectivas legislações.

Carvalho³² alcança a mesma conclusão:

As diversas “frestas” criadas pelos operadores do direito na interpretação do ECA produzem a aplicação de um direito tutelar, filiado à Doutrina da Situação Irregular, de matriz discriminatória e criminalizante. De forma paradoxal, assiste-se na atualidade, sob a vigência da Constituição democrática de 1988 e do ECA, à retificação lógica menorista. Em vez da proteção, a aplicação inquisitória da lei assegura aos adolescentes, sujeitos em especial situação de desenvolvimento, um mínimo de garantias em relação aos adultos julgados e processados por delito.

Não obstante, quanto aos adolescentes, a questão é mais preocupante já que esses são seres em desenvolvimento. Ora, não restam dúvidas de que o discurso do STJ de primazia da natureza pedagógica e finalidade protetiva da medida socioeducativa de internação se afasta

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016

³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório do Programa Justiça ao Jovem*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/programa-justica-ao-jovem>>. Acesso em: 04 de out. de 2016.

³² CARVALHO, op. cit. p. 29.

da realidade de Justiça Juvenil pátria. É forçoso reconhecer a lógica punitiva desse sistema, com a natureza penal das sanções e tratamento análogo ao prisional.

Havendo essa natureza penal na imposição dos atos infracionais aos adolescentes, nada mais justo do que conceder a estes um sistema de responsabilização em iguais condições aos adultos. Nesse sentido, deve ser concedida aos jovens, em regra, a oportunidade de aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade. Caso contrário, conforme narra Rodrigues³³, “estar-se-ia impondo ao adolescente um sistema de responsabilização mais severo que o de adultos, o que infringe todos os princípios que informam a perspectiva garantista de proteção do indivíduo no Estado democrático de Direito”.

Diante dessa necessidade, deve haver a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, com a imposição da internação provisória somente nas hipóteses em que se mostrar necessário para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, CPP). Pois, fora essas hipóteses, deve ter o direito de jovem aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade.

Essa é uma medida que busca efetivar os princípios da excepcionalidade e brevidade esculpidos no inc. V do art. 227 da CFRB/88, bem como os princípios da intervenção mínima³⁴ e da presunção de inocência, aplicáveis aos adolescentes, segundo a jurisprudência do STF (HC n. 122.072-SP).

Por fim, é necessário o respeito ao art. 93, inc. X, da CFRB/88, com a fundamentação das sentenças que decidirem pela necessidade imperiosa da execução provisória da medida de internação do adolescente. Sendo assim, deve o magistrado demonstrar quais circunstâncias de fato existentes no caso concreto impedem que o jovem aguarde o julgamento do seu recurso em liberdade.

CONCLUSÃO

³³ CASARA, apud. RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. 299 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 255.

³⁴ O princípio da intervenção mínima está previsto no art. 100, inciso VII do ECA e consagra a ideia de que o Estado deve intervir somente quando for estritamente necessário a garantir a efetivação de direitos e garantias.

O presente trabalho procurou analisar a (im)possibilidade e (in)compatibilidade da execução provisória da internação, tendo em vista que, mesmo passados 25 (vinte e cinco) anos do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, o tema não foi pacificado na jurisprudência.

Percebeu-se que, apesar da legislação pátria ter seu mérito reconhecido, por ter garantido às crianças e aos adolescentes os direitos e garantias exigidos a nível internacional, como na Declaração Universal dos Direitos da Criança e na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, 1969, padece de efetividade.

Há inegável inversão da regra prevista no ECA, de primazia das medidas socioeducativas em que não haja restrição da liberdade, com a manutenção do jovem no seio familiar e social, sendo utilizada a internação como *prima ratio* do sistema de Justiça Juvenil.

A situação é inquietante, visto que não se verifica nos estabelecimentos de cumprimento da medida de internação, a obediência às garantias previstas na Constituição, no ECA e na Lei do SINASE. O que se tem é uma lógica punitiva, com natureza penal das sanções e distanciamento da natureza pedagógica e finalidade protetiva.

Não obstante, em 2016, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela possibilidade de execução imediata da medida de internação, sem a possibilidade do adolescente recorrer em liberdade, mesmo que assim tenha permanecido toda a instrução, se baseando, justamente, no seu caráter protetivo e pedagógico.

Com isso, a dificuldade está em lidar com a distinção entre as previsões constitucionais e do Estatuto e a realidade da Justiça Juvenil, na medida em que há na lei a previsão de um modelo baseado na proteção integral e na prática as medidas aplicadas aos jovens se equiparam às penas aplicadas aos adultos no processo penal.

Desse modo, se quanto aos adultos a execução provisória da pena, após fixação da responsabilidade criminal do acusado em segunda instância, determinada pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, foi alvo de críticas pela doutrina garantista, o mesmo ocorre em relação aos adolescentes, de forma ainda mais delicada.

Afinal, a grande mudança de paradigma feita pela CRFB/88 em relação à criança e ao adolescente foi enxergar a todos como iguais e como a esperança de um futuro melhor. Porém, a Justiça Juvenil atual possui uma lógica interpretativa de exclusão e seletividade, em

que, rigorosamente, os que sofrem com as carências sociais são aqueles que experimentam a superlotação e péssimas condições das instituições.

Assim, é preciso alinhar a jurisprudência com a realidade vivida dentro das instituições de cumprimento da medida de internação.

Em um primeiro momento, conclui-se pela necessidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, diante do inegável caráter penal da imposição da medida de internação. Desse modo, somente poderia haver a restrição da liberdade se houvesse das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, que dão ensejo à execução provisória da pena.

Conquanto, é imprescindível que haja a promoção de políticas públicas voltadas a efetivação da legislação infanto-juvenil, com a adequação das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional ao previsto na Lei do SINASE, no ECA e, principalmente, na Constituição. Somente, então, poderia ser fundamentada a execução provisória da medida de segurança no seu caráter pedagógico e na finalidade protetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 338.475-SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61145793&num_registro=201502569510&data=20160531&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 346.380-SP. Relatora: Ministra Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340168874/habeas-corpus-hc-346380-sp-2015-0326099-0/inteiro-teor-340168900>>. Acesso em: 24 de ago. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 122.072-SP. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6820616>>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>>. Acesso em: 04 de abr. de 2016.

CANCIAN, Natália. *População carcerária cresce 7% ao ano e soma hoje 607 mil pessoas*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1646639-com-607-mil-presos-brasil-tem-a-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>>. Acesso em 04 de abr. de 2016.

CARVALHO, Salo de; FERNANDES, Eduardo Georjão; MAYER, Denise Both. *Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral*. Disponível em: <<http://ufrj.academia.edu/salocarvalho>>. Acesso em: 26 de set. de 2016.

CASARA, apud. RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. 299 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório do Programa Justiça ao Jovem*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/programa-justica-ao-jovem>>. Acesso em: 04 de out. de 2016.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). In: *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza C. Fonseca; GÁRCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. *Execução Provisória da Pena: Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro*. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/eventos/encontros-tematicos-e-outroseventos/outros-eventos/execucao-da-pena/3_execucao_provisoria_da_pena_versao_final_corrigido2.pdf> Acesso em. 28 de mar. de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Fonseca; GÁRCIA, Mônica N.; GUSMAN, Fábio. *Decisão do STF sobre execução provisória da pena viola julgados de Corte Interamericana*. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/02/22/decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena-viola-julgados-de-corte-interamericana/>> Acesso em. 01 de abr. de 2016.

LOPES JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Aury Lopes. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37.

MACIEL, Kátia. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICODEMOS, Carlos. *A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional*. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/midia/publicacoes/cartilhas/criancaeadolescente/Justi%C3%A7a,%20Adolescente%20e%20Ato%20Infracional.%20Socioeduca%C3%A7%C3%A3o%20e%20Responsabiliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 03 de out. de 2016

RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidades*. 2016. 299 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos*. Curitiba: Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/adolescente_infrator.pdf>. Acesso em: 26 de set. de 2016.