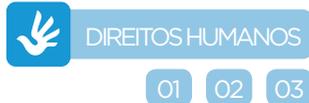


REVISTA  
**LIBERDADES**

Edição nº 20 setembro/dezembro de 2015





## A regra de tratamento de inocência antes do trânsito em julgado de sentença condenatória na seara da infância e juventude e a execução provisória da medida socioeducativa

**Giancarlo Silkunas Vay**

Pós-graduando no Instituto de Criminologia e Política Criminal.

Defensor Público no Estado de São Paulo.

Presidente do Grupo de Trabalho de Infância e Juventude do IBCCrim.

**Resumo:** O presente artigo traz o estado da arte na Jurisprudência acerca da execução provisória das medidas socioeducativas no âmbito dos processos socioeducativos, bem como, em seguida, busca refutar os argumentos centrais para tal proceder, apontando sua incompatibilidade para com o sistema de garantias dos adolescentes, sobre quem recai a regra de tratamento de inocência até o advento de sentença condenatória transitada em julgado.

**Palavras-chave:** Adolescente; infracional; processo socioeducativo; execução antecipada; medida socioeducativa.

**Abstract:** This paper presents the state of the art in criminal law precedents regarding the provisional execution of educational measures in the context of socio-educational procedures. Then, it seeks to refute the central arguments for such a course, pointing to its incompatibility in relation to the system of guarantees granted to teenagers, which includes the presumption of innocence principle, until the advent of a conviction has become final.

**Keywords:** Teenagers, violations, socio-educational procedures, anticipated execution socio-educational measures.

**Sumário:** 1. Da problemática - 2. Da crítica à jurisprudência dominante: 2.1 Da inexistência de previsão legal para conferir tratamento diferenciado à apelação em processo socioeducativo; 2.2 Do argumento de que o superior interesse do adolescente e a sua proteção integral justificariam o cumprimento imediato da medida socioeducativa; 2.3 Do argumento de que o princípio da intervenção precoce na vida dos adolescentes justificaria o cumprimento imediato da medida socioeducativa; 2.4 Do argumento de que a efetividade da sentença socioeducativa para a ressocialização dos adolescentes justificaria o cumprimento imediato da medida socioeducativa; 2.5 Do argumento de que a aplicação de medida socioeducativa em adolescente internado provisoriamente seria uma confirmação dos efeitos da antecipação de tutela, possibilitando-se, assim o cumprimento imediato da medida; 2.6 Do argumento de que a previsão do art. 215 do ECA que assim dispõe: "O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte" afastaria a aplicação automática do efeito suspensivo - 3. Conclusão - 4. Referências bibliográficas.

*"O processo infracional, assim, parafraseando Dworkin, precisa ser levado a sério. O problema fundamental reside no fato de que a justificativa para a exceção encontra-se encoberta ideologicamente. Acredita-se, muito de boa-fé, a maioria, que se está realizando um bem. Salvando um adolescente. Esqueceu-se de que para o uso do poder existem pelo menos dois limites: o processo e o ético" (Alexandre Morais da Rosa).*



01 02



01 02 03 04



01 02



01 02 03



01 02



## 1. Da problemática

O TJSP possui entendimento consolidado de que a internação provisória, prevista no art. 108 do ECA, não seria medida cautelar, mas sim uma “antecipação dos efeitos da tutela”, sendo que, pegando emprestada a processualística do Código de Processo Civil, seria possível a execução provisória da medida socioeducativa aplicada em sentença, na forma do art. 520, VII, do CPC.<sup>1</sup>

1 (1) Issa Ahmed: “Nas sentenças de procedência de representação, por ato infracional, caberá a regra geral do ECA, ou seja, o recurso é recebido e processado no efeito devolutivo, dado que a natureza da medida socioeducativa reclama intervenção rápida do Estado e necessária à ressocialização, especialmente sob a perspectiva pedagógica, onde o tempo é fator preponderante. Soma-se a esse argumento a possibilidade da internação provisória (tutela antecipada) art. 108 do ECA quando ainda não existe instrução probatória, nem sentença, bastando suficientes indícios de autoria e materialidade. Logo, permitido está manter a contenção, depois de proferida a sentença, e não depender do trânsito em julgado para início de sua execução”; (2) Ricardo Anafe (Pres. da Seção de Direito Público): “Com a edição da Lei 12.010/2009, que revogou o art. 198, VI, do ECA, adotou-se o sistema recursal do Código de Processo Civil, com interpretação sistemática do art. 198, caput, da legislação menorista, com o art. 520 do CPC, que determina o recebimento dos recursos de apelação no duplo efeito como regra geral. Referido dispositivo processual, no entanto, contempla exceções, entre elas, a do inc. VII, que exclui o efeito suspensivo na hipótese de decisão que confirma a antecipação dos efeitos da tutela. A decretação da internação provisória, que requer a presença de indícios de autoria e materialidade, além da imperiosa necessidade da medida, tem natureza jurídica de tutela antecipada”; (3) Carlos Dias Motta: “De acordo com o art. 520, VII, do CPC, a apelação será recebida somente no efeito devolutivo na hipótese em que a interposição do referido recurso se der em face de sentença que confirmou a antecipação dos efeitos da tutela. Realmente, ao decretar a internação cautelar do menor (fls. 35/36), o MM. Juízo a quo, por assim dizer, antecipou os efeitos da tutela jurisdicional, os quais foram posteriormente confirmados pela sentença de mérito”; (4) Walter Barone: “Conforme se apura dos autos, logo de início houve a decretação da internação provisória dos ora agravantes, que responderam ao processo custodiados (fls. 31/32), justificando-se, pois, o imediato cumprimento da medida de internação do coagravante Tadeu, aplicada na sentença, a qual, na verdade, confirmou os efeitos da tutela antecipada de internação provisória que já vinha sendo cumprida, observado que ao jovem Natanael foi aplicada a medida de liberdade assistida”; (5) Lidia Conceição: “Entretanto, com a revogação do referido artigo pela Lei 12.010/2009, parte da doutrina e da jurisprudência passou a entender que as apelações interpostas nos feitos da Justiça da Infância e Juventude deveriam ser recebidas no duplo efeito, em respeito à regra do art. 520 do CPC. Ocorre que, em regra, tal entendimento não pode ser admitido, uma vez que representa um óbice à execução provisória das sentenças, afastando-se do princípio da proteção integral dos interesses das crianças e dos adolescentes e da proximidade temporal entre a ocorrência dos fatos e o cumprimento da medida socioeducativa, indispensável a dar eficácia ao procedimento de reeducação do jovem, notadamente na hipótese de internação provisória que, desde logo, pressupõe o início do processo de reeducação do agravante. Isso porque as medidas socioeducativas têm por escopo primordial a ressocialização do adolescente, possuindo um intuito pedagógico e de proteção aos direitos dos jovens. (...) Ademais, não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência na execução provisória da medida socioeducativa, posto que tal garantia não deve ser considerada absoluta, uma vez que, como visto, as medidas previstas no art. 112 do ECA não possuem apenas caráter punitivo, representando principalmente um mecanismo de proteção ao adolescente, de cunho pedagógico e ressocializador, levando em consideração, na sua aplicação, não apenas a prática do ato infracional, como também as demais circunstâncias pessoais do jovem que o levaram à conduta infracional, bem como a proteção integral dos seus direitos”; (6) Roberto Maia: “Dispõe o art. 520 do CPC que a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, podendo o recurso ser recebido apenas no efeito devolutivo quando interposto em face de sentença que confirma a antecipação dos efeitos da tutela (art. 520, VII, do CPC). Pois bem, é dos autos que o agravante se encontra custodiado desde o recebimento da representação, quando teve decretada sua internação provisória e, como bem ressaltou o MM. Juízo a quo, a situação processual sob exame se enquadra na exceção à atribuição de efeito suspensivo já reconhecida pela STJ nos autos de HC 188.194/DF (2010/0193756-2), devendo a custódia cautelar ser compreendida como antecipação dos efeitos da tutela”; (7) Eros Piceli (Vice-Presidente): “Apesar da revogação do inc. VI do art. 198 do ECA, ante a procedência da representação, a internação provisória inicialmente decretada convalidou-se. Ao conferir apenas efeito devolutivo ao recurso, não violou o juiz o disposto no art. 520 do CPC, pois aplicou a regra do inc. VII do referido dispositivo legal. Assim, ao decretar a internação provisória do menor, o juiz antecipou os efeitos da tutela jurisdicional”; (8) Artur Marques (Pres. da Seção de Direito Privado): “A internação provisória inicialmente decretada convalidou-se pela procedência da representação. E, ao conferir apenas o efeito devolutivo ao recurso, não violou o magistrado o disposto no art. 520 do CPC, pois aplicou a regra constante do inc. VII do referido dispositivo legal. E isso porque, decretada a internação provisória do paciente quando do recebimento da representação, o juiz antecipou os efeitos da tutela jurisdicional, sendo-lhe permitido, agora, negar-lhe o duplo efeito”; (9) Pinheiro Franco (Pres. Seção de Direito Criminal): “Daí porque não era mesmo caso de se deferir a [nome do adolescente] o direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade, mostrando-se correto, portanto, o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, único cabível



01 02



01 02 03 04



01 02



01 02 03



01 02



Tal entendimento encontra eco em outros tribunais de justiça,<sup>2</sup> bem como respaldo no STJ, sendo que, inclusive, assim constou em seu Informativo 553, publicado no presente ano.<sup>3</sup>

nos casos de antecipação da tutela (art. 520, VII, do CPC), como forma de dar cumprimento imediato ao processo de recuperação do menor e possibilitar seu retorno ao convívio social".

2 Exemplificativamente: (1) TJRS: "Apelações cíveis. Ato infracional. Tráfico de drogas e resistência. Internação provisória decretada durante a instrução processual. Recurso recebido no efeito devolutivo (art. 520, VII, do CPC). Possibilidade de execução imediata da medida socioeducativa. (...) 1. Os adolescentes permaneceram internados provisoriamente durante toda a instrução processual, havendo a sentença apenas confirmada, no aspecto da privação de liberdade, a antecipação de tutela anteriormente deferida, com o que a apelação deve ser recebida apenas no efeito devolutivo (art. 520, VII, do CPC), ante a sistemática do CPC, como expressamente estatuí o caput do art. 198 do ECA, de modo que a medida aplicada pode ser, desde já, executada. Precedentes do STJ. (...)” (TJRS, ApCiv 70064978588, 8.ª Câmara, rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 02.07.2015); (2) TJPR: "Apelação. Estatuto da Criança e do Adolescente. Representação procedente. Atos infracionais equiparados aos crimes de roubo majorado. Preliminar. Recebimento do recurso no duplo efeito. Não cabimento. Implementação imediata da medida socioeducativa que protege os interesses dos próprios adolescentes. Aplicação de medida socioeducativa de semiliberdade para um dos adolescentes e internação para os outros dois menores (...) I - O processo socioeducativo de apuração de ato infracional tem sua regulamentação procedimental, consoante os termos do art. 198 do ECA, remetido à observância das normas do Código de Processo Civil; e levando em consideração que segundo entendimento pacificado na jurisprudência pátria, a medida socioeducativa privativa da liberdade tem a mesma natureza de tutela antecipada, eis que nos termos do art. 121, § 2.º, do ECA, não comporta prazo determinado e deve ser revisada a cada seis meses, tem-se como justificado o recebimento em regra do apelo no efeito apenas devolutivo, nos termos do art. 520, VII, do CPC; até porque, entende-se tenha a sentença proferida logrado expressar como presentes os requisitos ensejadores da necessidade de proteção do adolescente, haja vista o risco que existe para sua própria formação mantê-lo em liberdade, sendo a melhor interpretação para o caso, portanto, a que aplica o método sistemático de aplicação da norma, daí sendo permitido o recebimento do apelo do ECA apenas no efeito devolutivo, possibilitando a aplicação imediata da medida socioeducativa, em observância até mesmo da própria função, finalidade e caráter da medida socioeducativa, que não se tratando de pena, procura tão só assegurar o imediato bem estar do menor, porquanto o adolescente infrator se mantido em liberdade corre sério risco de exposição longínqua àqueles mesmos fatores e elementos que o fizeram incorrer em atos infracionais reiterados. (...)” (TJPR, RAECA 1340286-9/Curitiba, 2.ª Câmara, rel. Laertes Ferreira Gomes, Unânime, j. 09.07.2015); (3) TJPE: "Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei 10.826/2003). Preliminar. Efeito suspensivo ao recurso de apelação. Incabível no presente caso. Sentença que confirmou a antecipação da tutela. Rejeição da preliminar. (...) 1. Segundo o previsto no art. 520, VII, do CPC, a apelação será recebida só no efeito devolutivo quando a decisão recorrida confirmar a antecipação dos efeitos da tutela. É exatamente a hipótese dos autos, em que a sentença questionada confirmou a necessidade de limitar a liberdade da adolescente, aplicando-lhe a medida socioeducativa cabível, tal como ocorreu no início da presente ação, quando a menor foi apreendida em flagrante de ato infracional e mantida em regime de internação provisória. (...)” (TJPE, 4.ª Câmara, Des. Marco Antônio Cabral Maggi, j. 30.04.2014, Publicado em 08.05.2014).

3 "Direito da criança e do adolescente. Possibilidade de cumprimento imediato de medida socioeducativa imposta em sentença. Nos processos decorrentes da prática de atos infracionais, é possível que a apelação interposta pela defesa seja recebida apenas no efeito devolutivo, impondo-se ao adolescente infrator o cumprimento imediato das medidas socioeducativas prevista na sentença. Primeiramente, em que pese haver a Lei 12.010/2009 revogado o inc. VI do art. 198 do ECA, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos, continua a vigor o disposto no art. 215 do ECA, o qual dispõe que "o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte". Assim, se é verdade que o art. 198, VI, do ECA não mais existe no mundo jurídico, a repercussão jurisprudencial dessa mutatio legis parece ser inexistente, tamanha a evidência de que a nova lei não veio para interferir em processos por ato infracional, mas apenas em processos cíveis, sobretudo nos de adoção. Isso porque, pela simples leitura da Lei 12.010/2009 percebe-se que todos os seus dispositivos dizem respeito ao processo de adoção, o que permite inferir, indubitavelmente, que, ao revogar o inc. VI do art. 198 do ECA – que também tratava de recursos contra sentenças cíveis –, não foi, sequer em hipótese, imaginado pelo legislador que tal modificação se aplicaria a processos por ato infracional, que nada têm a ver com processos de adoção de crianças e adolescentes. Lógico inferir, portanto, que os recursos serão, em regra, recebidos apenas no efeito devolutivo, inclusive e principalmente os recursos contra sentença que acolheu a representação do Ministério Público e impôs medida socioeducativa ao adolescente infrator. Ademais, cuidando-se de medida socioeducativa, a intervenção do Poder Judiciário tem como missão precípua não a punição pura e simples do adolescente em conflito com a lei, mas sim a recuperação e a proteção do jovem infrator. Sendo assim, as medidas previstas nos arts. 112 a 125 do ECA não são penas e possuem o objetivo primordial de proteção dos direitos do adolescente, de modo a afastá-lo da conduta infracional e de uma situação de risco. Além disso, diferentemente do que ocorre na justiça criminal comum, que se alicerça sobre regras que visam proteger o acusado contra ingerências abusivas do Estado em sua liberdade, a justiça minorista apoia-se em bases peculiares, devendo se orientar pelos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, definidos no art. 227 da CF e nos arts. 3.º e 4.º do ECA. Por



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA

01 02



ARTIGOS

01 02 03 04



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02 03



INFÂNCIA

01 02



PARECER



CONTO



CADEIA DE PAPEL

Ocorre que, não entrando na celeuma da preponderância retributiva ou educativa da medida socioeducativa, (embora a lei do Sinase deixe claro que exista essa dupla finalidade, inclusive aquela por meio desta), o ordenamento jurídico proíbe a restrição da liberdade como regra, tratando-a como algo excepcional. Sendo assim, por qual razão a jurisprudência tem priorizado o aguardo do trânsito em julgado de sentença condenatória à internação em “execução provisória da sentença”, e não em liberdade por meio do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, inclusive em atenção ao direito constitucional de convivência familiar?

## 2. Da crítica à jurisprudência dominante

O Estatuto da Criança e do Adolescente trazia, originalmente, a seguinte redação no art. 198, VI:

*“Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:*

*(...) VI – a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”.*

Com o advento da Lei 12.010/2009, o referido inc. VI foi suprimido, razão pela qual a regra dos “efeitos da apelação” passou a ser, portanto, a disposição constante no art. 520 do CPC, tanto em razão do disposto no *caput* do art. 198 do ECA (citado *supra*) quanto em virtude do art. 152, *caput*, do ECA, que diz que “Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”.

Nessa toada, passou a constar do art. 520 do CPC:

*“Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:*

*I – homologar a divisão ou a demarcação;*

*II – condenar à prestação de alimentos;*

*III – (Revogado pela Lei 11.232, de 2005)*

*IV – decidir o processo cautelar;*

*V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;*

*VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem;*

esse motivo, e considerando que a medida socioeducativa não representa punição, mas mecanismo de proteção ao adolescente e à sociedade, de natureza pedagógica e ressocializadora, não há de se falar em ofensa ao princípio da não culpabilidade, previsto no art. 5.º, LVII, da CF, pela sua imediata execução. Assim, condicionar, de forma automática, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional” (HC 301.135/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 21.10.2014, DJe 01.12.2014).





### VII - confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.

Assim sendo, revogada a disposição da lei especial (ECA) que trazia exceção à regra geral do CPC referente aos efeitos conferidos quando do recebimento da apelação nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, a interpretação esperada seria a de que, assim, as apelações relacionadas aos processos socioeducativos também fossem recebidas no duplo efeito, uma vez que a lei não aponta nenhuma especificidade em relação a esse âmbito.

Todavia, não foi o que ocorreu, entendendo a jurisprudência à época, de forma majoritária, muito embora em lugar algum estivesse presente texto legal que excepcionasse a aplicação da regra geral do CPC aos processos de apuração de ato infracional, que tal disposição não valeria para os processos socioeducativos, pois a Lei 12.010/2009 teria sido editada exclusivamente para questões atinentes à convivência familiar. Tal posicionamento se amparou, basicamente, no art. 1.º de tal Lei, que assim dispõe: “*Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente*”.

Atento a tal cenário, o legislador, quando da elaboração da Lei 12.594/2012 (Sinase), propositalmente alterou o art. 198, *caput*, do ECA a fim de fazer constar, de maneira expressa, que o sistema recursal do CPC também se aplica aos processos socioeducativos:

“*Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações*”.

Assim, da carta de motivações do PL 1.627/2007, que deu origem à Lei 12.594/2012 (Sinase), constou: “6. O sistema em questão tem como finalidade precípua estabelecer conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que devem ser observados no processo de apuração de ato infracional, assim como quando da execução das medidas socioeducativas”.<sup>4</sup>

De toda sorte, ainda se verifica, rotineiramente, a utilização do argumento de que se justifica a não aplicação do efeito suspensivo: (i) o superior interesse dos adolescentes e a sua proteção integral; (ii) o princípio da intervenção precoce na vida do adolescente; (iii) a efetividade da sentença socioeducativa para a ressocialização dos adolescentes; (iv) a aplicação de medida socioeducativa em adolescente que no curso do processo foi internado provisoriamente seria uma confirmação dos efeitos da antecipação de tutela, ao que se justificaria excepcionar a regra do art. 520, *caput*, do CPC em razão do seu inc. VII; (v) a previsão do art. 215 do ECA que assim dispõe: “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”.

Analisemos os argumentos um a um.

## 2.1 Da inexistência de previsão legal para conferir tratamento diferenciado à apelação em processo socioeducativo

Antes de mais nada, aponta-se que não existe qualquer comando expresso que faça diferenciação entre uma sentença em processo socioeducativo e qualquer outra afeta à Justiça da infância e juventude. Assim sendo, em uma análise

<sup>4</sup> Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra?codteor=483743&filename=Tramitacao-PL+1627/2007].



literal, não há qualquer razão para que o julgador confira tratamento diferenciado no momento de receber uma apelação de adolescente condenado em 1.ª instância por ato infracional, ou referente à destituição do poder familiar. Cabe ao julgador observar o art. 198, *caput*, do ECA, que remete ao art. 520 do CPC e, assim, receber a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo.

## 2.2 Do argumento de que o superior interesse do adolescente e a sua proteção integral justificariam o cumprimento imediato da medida socioeducativa

No que concerne ao argumento de que “o superior interesse do adolescente e a sua proteção integral” (art. 3.1 do CDC e art. 100, parágrafo único, II e IV, do ECA) justificariam o cumprimento imediato da medida, devemos ponderar que a doutrina da proteção integral não deve ser utilizada como um argumento falacioso para a perpetuação das práticas menoristas próprias da doutrina da situação irregular acolhida pelos Códigos de Menores de 1927 e 1979.

Conforme aponta **Kathia Regina Martin-Chenut**, Professora Doutora pela Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne, a doutrina da proteção integral foi concebida no cenário internacional como proteção não da criança em si – o que poderia redundar no proposto pela doutrina anterior –, mas de seus direitos, visando sua integral efetivação: “*A ideia de proteção continua existindo, mas a criança abandona o simples papel passivo para assumir um papel ativo e transformar-se num sujeito de direito*”.<sup>5</sup> Trata-se, inclusive, do que determina o art. 100, parágrafo único, IV, do ECA quando define o que vem a ser o princípio do interesse superior da criança e do adolescente:

*“Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.*

*(...) IV – interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”.*

Isso porque o juiz não tem condições, nem nunca terá, para saber o que é melhor para o adolescente. O juiz não conhece o adolescente, não sabe o que ele passou até ter seu caso sob apreciação do Judiciário, na grande maioria das vezes não provém da mesma classe social e sequer chegou a frequentar o local em que ele mora. Muitas vezes nem sabemos o que é melhor para nós mesmos, então teríamos condições de saber o que seria melhor para um terceiro desconhecido? E nem se diga que relatos da equipe técnica do juízo ou da Fundação Casa trariam essa proficiência ao magistrado, pois, enquanto aquela conversa poucos minutos, em ambiente hostil, para descrever em laudas “a verdade” sobre o adolescente, os técnicos da Fundação tão somente descrevem o retrato de um determinado momento da vida do adolescente sob o filtro, obviamente, da subjetividade de quem o analisa.

Sendo assim, não cabe ao juiz se colocar como substituto paterno do adolescente, uma vez que é funcionário do Estado cuja missão é “[c]umprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício” (art. 35, I, da Loman), zelando pelos direitos positivados no ordenamento jurídico, e não, ainda que imbuído de boas intenções, como aquele que sabe o que é melhor para o adolescente e, portanto, aplica-lhe castigo

<sup>5</sup> Adolescentes em conflito com a lei: o modelo de intervenção preconizado pelo direito internacional dos direitos humanos. Textos reunidos. Revista do Ilanud, n. 24, São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, p. 83.



01 02



01 02 03 04



01 02



01 02 03



01 02



correcional “para o seu próprio bem”.

Vale, aqui, a reflexão de dois expoentes na doutrina da infância e juventude. Para **Emilio Garcia Méndez**, Doutor e Professor da Universidade de Buenos Aires, ex-consultor do Unicef para a América Latina, “*as piores atrocidades da infância se cometeram muito mais em nome do amor e da compaixão do que da própria repressão. No amor não há limites, na justiça sim. Por isso nada contra o amor quando ele mesmo se apresenta como um complemento da justiça. Porém, tudo contra o amor quando se apresenta como um substituto cínico ou ingênuo da justiça*”.<sup>6</sup> Na mesma linha de raciocínio, o juiz **Alexandre Moraes da Rosa**, Doutor pela Universidade Federal do Paraná e Professor na Universidade Federal de Santa Catarina dispõe que: “*o enunciado da ‘bondade da escolha’ provoca arrepios em qualquer operador do direito que frequenta o foro e convive com as decisões. Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a ‘bondade’ do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é o seu critério, ou seja, o que é a ‘bondade’ para ele. Uma nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e neste diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos ‘justiceiros’, sempre lotados de ‘bondade’, em geral querendo o ‘bem’ dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a ‘sua bondade’ responde à exigência de legitimidade que deve influir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, ‘quem nos salva da bondade dos bons?’, na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marques Neto*”.<sup>7</sup>

Dessa forma, imprestável o argumento de se utilizar a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse do adolescente justamente para privá-lo de liberdade “para o seu bem”. Com o devido respeito, se medida socioeducativa realmente fosse para o bem de alguém, ela não seria aplicada como resposta à prática de ato infracional que lesiona bem jurídico alheio, mas, em verdade, haveria filas nas portas das unidades de internação e ações individuais pedindo vaga em tais locais (tal qual se faz para creche e escola), para que, inclusive, a elite brasileira conseguisse matricular seus filhos mais “revoltados” em tais locais.

Apresenta-se como mais cauteloso, em atenção à proteção integral dos direitos do adolescente, que se espere o julgamento definitivo do recurso para que, ao final, ocorrendo condenação transitada em julgado, seja responsabilizado pelo ato ilícito praticado.

### 2.3 Do argumento de que o princípio da intervenção precoce na vida dos adolescentes justificaria o cumprimento imediato da medida socioeducativa

A utilização do argumento de que “o princípio da intervenção precoce na vida dos adolescentes” (art. 100, parágrafo único, VI, do ECA) justificaria o cumprimento imediato da medida também não procede, uma vez que diz mais respeito à aplicação de medidas protetivas do que socioeducativas.

Quando da análise do referido princípio, o intérprete deve considerar o ordenamento jurídico como um todo. Assim,

<sup>6</sup> Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: Ilanud, 2006.

<sup>7</sup> Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do homo sacer (Agamben). In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: Ilanud, 2006.



01 02



01 02 03 04



01 02



01 02 03



01 02



destaca-se, inicialmente, que a Constituição Federal traz:

*“Art. 227. (...) § 3.º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: (...) V- obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade”.*

E a Convenção dos Direitos da Criança:

*“Art. 37. Os Estados-Partes zelarão para que:*

*(...) b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado”.*

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente ainda apresenta o “princípio da intervenção mínima” (art. 100, parágrafo único, VII, do ECA), havendo, ainda, outras normas do direito internacional de direitos humanos que negam a intervenção precoce no que concerne à restrição de liberdade do adolescente, como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing):

*“17. Princípios norteadores da decisão judicial o das medidas: 17.1 A decisão da autoridade competente pautar-se-á pelos seguintes princípios:*

*(...) b) as restrições à liberdade pessoal do jovem serão impostas somente após estudo cuidadoso e se reduzirão ao mínimo possível”.*

E as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade:

*“1. Afirma que a reclusão de um jovem em um estabelecimento deve ser feita apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo necessário”.*

Todos limitadores do princípio da intervenção precoce no que tange à aplicação das medidas socioeducativas, ao que não deve tal princípio ser empregado para que se imponha aos adolescentes o cumprimento antecipado da medida socioeducativa.

## 2.4 Do argumento de que a efetividade da sentença socioeducativa para a ressocialização dos adolescentes justificaria o cumprimento imediato da medida socioeducativa

Quanto ao argumento de que “a efetividade da sentença socioeducativa para a ressocialização dos adolescentes” seria argumento bastante para o cumprimento imediato da medida, sugere-se que se analise a situação por outro viés: que consequências traria a efetivação da sentença socioeducativa antes do trânsito em julgado no caso de adolescente que, após julgamento de mérito de seu recurso de apelação, tiver comprovada a sua inocência?

Como reparar os efeitos deletérios do escanteamento de um adolescente que, justamente na idade em que começa a descobrir a liberdade, se vê lançado em uma instituição total em razão de algo que efetivamente não praticou? Como fazer voltar o mal realizado? Ou prefere-se o conveniente discurso de que a medida socioeducativa é um bem e que,



caso aplicada a quem não merecia, ao menos algo de bom ele recebeu?

Não há maior sentimento de injustiça do que o de ser punido por aquilo que não se praticou e, quando essa punição vem do Estado, a simbologia que essa ação equivocada carrega é a de falência e descaso do sistema para com o seu povo, não sendo de se estranhar que, diante de uma injustiça institucionalizada, o adolescente – até então inocente – seja um dos mais interessados em se voltar contra o próprio sistema que o retirou de seu seio social e lhe introduziu o estigma de infrator.

Cabe aqui lembrar as lições deixadas por **Ervin Goffman**,<sup>8</sup> de que, quando da imposição do estigma de infrator (rotulação), o que se percebe, justamente, é que há uma tendência para que a pessoa passe a se comportar a partir das expectativas que os gestores da moral lhe impõem: aquilo que os outros veem no sujeito (identidade social virtual) passa a suplantar aquilo que ele realmente é (a sua identidade social real), tanto em razão dos novos enfrentamentos que tal pessoa passará em virtude do estigma, quanto em razão de uma assunção do papel social que lhe foi conferido pelos demais (*Role engulfment*), até mesmo como forma de defesa. Eis o que o autor chama de “profecia autorrealizável”.

No âmbito criminológico, esses conceitos coincidem com a ideia de institucionalização ou prisionização de **Donald Clemmer**,<sup>9</sup> que descreve como carreira criminal a sequência: (1) delinquência primária; (2) resposta ritualizada apresentada pelo Judiciário com a consequente estigmatização; (3) consequente distanciamento social e redução de oportunidades; (4) surgimento de uma subcultura delinquente com reflexo na autoimagem; (5) estigma decorrente da institucionalização; (6) delinquência secundária (reincidência).

Na esfera da infância e juventude esse cenário não é diferente, sendo especialmente agravado. Adolescentes que já sofreram uma responsabilização socioeducativa, ainda que em meio aberto, sofrem preconceito junto aos demais colegas de sala e até mesmo junto aos professores, não sendo incomum serem apelidados de os “LA” ou os “PSC”. Assim o sendo, que dirá daquele adolescente que efetivamente passar pela Fundação Casa?

Assim, em que pese a preocupação em ressocializar o adolescente autor de ato infracional, os custos da efetivação de uma sentença que aplique medida socioeducativa indevidamente em alguém que ainda poderá vir a ser considerado inocente são altos demais, muito mais deletérios do que uma intervenção tardia em quem de fato fosse merecedor. Eis a razão da regra de interpretação do *in dubio pro reo*: entre agir e correr o risco de prejudicar, e não agir e deixar de aplicar a medida, parece preferível a opção que resguarde a liberdade dos adolescentes. Cabe ao Estado, se não for possível ressocializar, ao menos tomar todos os cuidados para não atingir seu efeito contrário: a dessocialização.

Quanto à efetivação da sentença, isso não deixará de ocorrer, ao final, com o trânsito em julgado da decisão definitiva.

## 2.5 Do argumento de que a aplicação de medida socioeducativa em adolescente internado provisoriamente seria uma confirmação dos efeitos da antecipação de tutela, possibilitando-se, assim, o cumprimento imediato da medida

<sup>8</sup> Estigma: la identidad deteriorada. 5. ed. Buenos Aires: Amorrortu Ed., 1993; Manicômios, prisões e conventos. Trad. Dante Moreira Leite. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

<sup>9</sup> The prison community apud THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



O argumento de que “a aplicação de medida socioeducativa em adolescente que no curso do processo foi internado provisoriamente seria uma confirmação dos efeitos da antecipação de tutela, ao que se justificaria excepcionar a regra do art. 520, *caput*, do CPC em razão do seu inciso VII”, também não se sustenta.

No processo de responsabilização socioeducativo há um paralelismo com o processo penal no que se refere à investigação da prática de ato tipificado por lei penal (seja ato infracional ou crime), o qual necessariamente precisa, para que seja aplicada a sanção correspondente (seja medida socioeducativa ou pena), que se verifique uma certa ritualística que confira garantias ao acusado contra a ingerência do poder punitivo institucionalizado. Trata-se da garantia do devido processo legal, com previsão constitucional e, portanto, aplicável para adolescentes e adultos:

“Art. 5.º (...) LIV - *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Ademais, a Constituição também prevê regra de tratamento àquele que ainda não recebeu uma sentença penal condenatória: o de não ser considerado culpado:

“Art. 5.º (...) LVII - *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

Assim, quando a Constituição refere que *ninguém* será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, se refere ela a *ninguém*, e não apenas aos adultos. O fato de constar no dispositivo “sentença penal” e não “infracional” é absolutamente circunstancial, uma vez que, materialmente, a sanção socioeducativa, tal qual a medida de segurança, é pena, apesar do tratamento diferenciado conferido quando da sua aplicação. Ainda, o termo “infracional” é introduzido no ordenamento jurídico pelo ECA em 1990, não tendo o Constituinte de 1988 a pretensão de excluir adolescentes de tal proteção.

Aliás, temos que a previsão inculpada no art. 228 da CF, da imputabilidade daqueles que possuem menos de 18 anos, é uma garantia ao adolescente e não um fator que poderá agravar a sua situação. Não é por outra razão que diversos diplomas normativos fazem questão, apesar da desnecessidade, de expressamente prescrever que não se poderá dar tratamento mais gravoso a adolescente do que o que seria conferido se adulto fosse, seja penal ou processual.

Nesse diapasão, a Lei 12.594/2012 (Sinase):

“Art. 35. *A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*”.

E as Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad):

“54. *Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem*”.

Certo, ainda, que o Comitê de Direitos Humanos – órgão composto por especialistas em direitos humanos, independentes e autônomos, que produz importantes análises interpretativas das normas relacionadas ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, esclarecendo o seu alcance e significado – emitiu o Comentário Geral 13, a respeito da disposição constante no art. 14.4 do PIDCP (“*No processo aplicável às pessoas jovens a lei penal terá em conta a sua*”).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTA

01 02



ARTIGOS

01 02 03 04



ESCOLAS PENAIS

01 02



DIREITOS HUMANOS

01 02 03



INFÂNCIA

01 02



PARECER



CONTO



CADEIA DE PAPEL

idade e o interesse que apresenta a sua reabilitação”), que assim dispôs:

“16. (...) *Juveniles are to enjoy at least the same guarantees and protection as are accorded to adults under article 14*”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão máximo para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, a quem compete conferir a interpretação autêntica das normas de direitos humanos em âmbito regional, elaborou a Opinião Consultiva 17/02, na forma do art. 64.1 da CADH, que, dentre outros dispositivos, assim ponderou a respeito das garantias judiciais das crianças e adolescentes (arts. 8.º e 25 da CADH):

“111. *En este sentido, la Directriz 56 de Riad garantiza que ‘deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven’*”.

Tendo constado do voto concorrente do juiz **Sérgio García Ramírez** que:

“25. (...) *En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá – puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección – de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica*”.

Nesse cenário, entende-se que, se o adulto não cumpre pena antecipada, mas tão somente ao final do processo que o responsabilize, transitado em julgado, também não pode o adolescente cumprir, sendo expressa a previsão, ademais, do princípio do estado de inocência ao adolescente em diplomas como a Convenção dos Direitos da Criança (“*A criança suspeita ou acusada de ter infringido a lei penal tenha, no mínimo, direito às garantias seguintes: Presumir-se inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida*” – art. 40.2, b, l), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (“*Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida*” – art. 14.2), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (“*Supõem-se inocentes os jovens detidos sob detenção provisória ou em espera de julgamento (‘prisão preventiva’) e deverão ser tratados como tais*” – art. 17, primeira parte) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude – Regras de Beijing (“*Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência*” – art. 7.1, primeira parte).

Assim, absolutamente descabida qualquer tentativa de associar o cumprimento da internação provisória com antecipação de pena. Aliás, diga-se o óbvio, a internação provisória é medida cautelar, aproximando-se da prisão preventiva dos adultos, devendo ser aplicada e durar tão somente nas hipóteses em que “*demonstrada a necessidade imperiosa da medida*” (art. 108 do ECA), sendo que, em aproximação com a cautelar empregada para os adultos, tal necessidade imperiosa se verifica do preenchimento dos requisitos dos arts. 313 e 312 do CPP, bem como de seu art. 319, sob pena de se conferir tratamento mais severo ao adolescente do que ao adulto.

Uma medida cautelar se presta a acautelar algo como, por exemplo, a prova a ser produzida. Nunca poderá ser utilizada para fazer que alguém cumpra pena antecipada. Isso é fazer da regra de tratamento do estado de inocência letra morta, é rasgar a Constituição e todos os diplomas normativos aqui citados à exaustão, é ressuscitar o espírito menorista dando-lhe apenas nova roupagem argumentativa. Como disse **Alexandre Morais da Rosa**, o processo



infracional precisa ser levado a sério!

Sendo assim, tratando-se a internação provisória de medida cautelar, e não de antecipação do provimento final, não há como se dizer que a sentença condenatória de 1.º grau “confirma os efeitos da tutela antecipada”. Dizer isso seria o equivalente a dizer que a sentença de 1.º grau confirma a aplicação de pena antes do devido processo legal e em violação ao estado de inocência.

Temos que a escolha do ECA pela sistemática recursal do CPC, especificamente para atos infracionais, deve ceder em face da opção constitucional e convencional pelo estado de inocência, sendo absolutamente estranho, nessa seara, falar em “efeito suspensivo”. No bojo do processo que aplica pena restritiva de liberdade não há o que se suspender, simplesmente porque a sentença penal não é auto executável até o seu trânsito em julgado.

Utilizando-se terminologia própria do direito processual civil, não se pode executar provisoriamente sentença condenatória em processo socioeducativo, uma vez que se trata de título executivo inexigível, pois não completo o seu ciclo de formação que exige o trânsito em julgado para a defesa – conforme imposição constitucional e convencional –, o que, ao menos na esfera cível, talvez fosse facilmente detectável com uma exceção (objeção) de pré-executividade.

Ressalte-se que questão parecida se verificou há pouco tempo, no STF, quando da extirpação do ordenamento jurídico – ao menos para os adultos – da prisão automática como decorrência da sentença de 1.º grau, mesmo nos casos em que o acusado estiver recolhido preventivamente.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> “Habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada ‘execução antecipada da pena’. Art. 5.º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1.º, III, da Constituição do Brasil. 1. O art. 637 do CPP estabelece 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”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5.º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos ‘crimes hediondos’ exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: ‘Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente’. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Min. Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2.º da Lei 2.364/1961, que deu nova redação à Lei 869/1952], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inc. LVII do art. 5.º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – ‘a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição’. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes



01 02



01 02 03 04



01 02



01 02 03



01 02



Daí que, se o direito de recorrer em liberdade, afastando-se os famigerados arts. 594, 393 e 595 do CPP (revogados) e as disposições da Lei 8.038/1990 (civilista), é considerado para os adultos, com maior razão deve-se conceder ao adolescente que goza de prioridade absoluta.

Nesse mesmo sentido, recentemente o STF encampou os argumentos que ora se apresentam, permitindo que o adolescente respondesse até o término do processo em liberdade:

*“Habeas corpus. Ato infracional. Roubo qualificado. Art. 157, § 2.º, II, do CP. Medida socioeducativa de internação. Insurgência contra sua imposição, sob o fundamento de que a sentença não indicou as razões pelas quais as medidas em meio aberto ou semiaberto não seriam adequadas à ressocialização do paciente. Questão não analisada pelo STJ. Apreciação per saltum. Impossibilidade. Supressão de instância configurada. Precedentes. Internação provisória. Revogação, no curso da instrução, pelo juízo de primeiro grau. Aplicação, na sentença, de medida socioeducativa de internação, com determinação de sua imediata execução, ‘independentemente da interposição de recurso’. Inadmissibilidade. Inexistência de motivação idônea. Internação que, antes do trânsito em julgado da sentença, não se desveste de sua natureza cautelar. Hipótese que traduz antecipação da tutela jurisdicional de mérito, incompatível com a presunção de inocência como ‘norma de tratamento’. Princípio que tem aplicação ao processo de apuração de ato infracional. Apelação, ademais, que deve ser recebida no seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 198 da Lei 8.069/1990 e do art. 520, caput, do CPC. Constrangimento ilegal manifesto. Superação, nesse ponto, do óbice processual representado pela Súmula 691 do STF. Conhecimento parcial da impetração. Ordem, nessa parte, concedida.*

(...)

3. O princípio da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF), como norma de tratamento, veda a imposição de medidas cautelares automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena.

4. A presunção de inocência se aplica ao processo em que se apura a prática de ato infracional, uma vez que as medidas socioeducativas, ainda que primordialmente tenham natureza pedagógica e finalidade protetiva, podem importar na compressão da liberdade do adolescente, e, portanto, revestem-se de caráter sancionatório-aflictivo.

5. A internação provisória, antes do trânsito em julgado da sentença, assim como a prisão preventiva, tem natureza cautelar, e não satisfativa, uma vez que visa resguardar os meios ou os fins do processo, a exigir, nos termos do art. 108, parágrafo único, do ECA, a demonstração da imperiosa necessidade da medida, com base em elementos fáticos concretos.

6. *Revogada, no curso da instrução, a internação provisória, somente a superveniência de fatos novos poderia ensejar o restabelecimento da medida.*

subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1.º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida” (HC 84.078, Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009, DJe-035, Divulg. 25.02.2010, Public. 26.02.2010, Ement. vol-02391-05, p. 1.048).



01 02



01 02 03 04



01 02



01 02 03



01 02



7. Constitui manifesto constrangimento ilegal, por ofensa ao princípio da presunção de inocência e ao dever de motivação, previsto no art. 93, IX, da CF e no art. 106 da Lei 8.069/1990, a determinação, constante da sentença, de imediata execução da medida de internação, “independentemente da interposição de recurso”.

8. Nos termos do art. 198 da Lei 8.069/1990 e do art. 520, caput, do CPC, a apelação interposta contra sentença que impõe medida socioeducativa de internação deve ser recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, uma vez que não importa em “decidir o processo cautelar” nem em “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela” (art. 520, IV e VII, do CPC). Inadmissível, portanto, sua execução antecipada.

9. Somente a interpretação sistemática do art. 108, parágrafo único, da Lei 8.069/1990 – no sentido de que, antes do trânsito em julgado, admite-se apenas internação de natureza cautelar, cuja necessidade cumpre ao juiz demonstrar – autoriza imunizar a internação cautelar contra o efeito suspensivo da apelação.

10. Ordem concedida, para determinar a desinternação do paciente, a fim de que aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença que lhe impôs a medida socioeducativa de internação, salvo a superveniência de fatos que justifiquem a adoção dessa providência cautelar” (STF, HC 122.072/SP, 1.ª T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.09.2014).

O que, infelizmente, parece não ter causado repercussão alguma no modo como os tribunais de justiça e mesmo o STJ lidam com referida temática.

## 2.6 Do argumento de que a previsão do art. 215 do ECA, que assim dispõe: “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”, afastaria a aplicação automática do efeito suspensivo

Por fim, a tese de que a previsão do art. 215 do ECA, que assim dispõe: “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”, afastaria a aplicação automática do efeito suspensivo também não prospera.

Referido dispositivo se encontra inserido sob o capítulo destinado à defesa dos interesses individuais, difusos e coletivos, tratando-se de procedimento atinente à tutela coletiva (*lato sensu*) dos direitos da criança e do adolescente, divorciado dos demais procedimentos previstos no Estatuto.

O “individuais”, ali presente, refere-se aos “direitos individuais indisponíveis” (art. 200, IX, do ECA), direitos esses tutelados por meio de ação civil pública (Precedentes no STJ: REsp 1.321.501/SE, 1.ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 23.04.2014; AgRg no REsp 1.016.847/SC, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, DJe 07.10.2013; REsp 399.357/SP, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 20.04.2009; REsp 609.329/PR, 4.ª T., rel. Min. Raul Araújo, DJe 07.02.2013), não se misturando com os demais procedimentos previstos no Estatuto, mormente o referente ao processo socioeducativo.

Entender de forma diversa é tornar letra morta todo o constante no art. 198 do Estatuto, algo que, por óbvio, não desejou o legislador, tanto que, se assim fosse, não teriam sido realizadas duas reformas em tal dispositivo (Leis 12.010/2009 e 12.594/2012) a fim de melhor adaptá-lo às problemáticas já apontadas.

Ademais, retome-se, aplicar uma norma voltada à prática civilista ao processo socioeducativo é ignorar que se está, aqui, a lidar com a restrição de liberdade, concebendo-se tratamento mais gravoso ao adolescente do que o que seria conferido se adulto fosse.



01 02



01 02 03 04



01 02



01 02 03



01 02



### 3. Conclusão

Tendo em vista o que foi aqui delineado, parece urgente que se conteste veementemente qualquer tipo de associação da internação cautelar prevista no art. 108 do ECA com uma antecipação dos efeitos da tutela, seja por violação direta à Constituição Federal e tratados internacionais de direitos humanos, seja por subverter totalmente a sistemática protetiva dos direitos das crianças e dos adolescentes, submetendo os adolescentes à processualística própria do direito civil, adequado para soluções patrimoniais e não pensado para restrições de liberdade.

Aliás, com o acatamento do entendimento jurisprudencial dominante, alcançam-se hipóteses ridículas em que caberia ao advogado/defensor ter de analisar, quando da aplicação da internação provisória, a presença dos requisitos do art. 273 ou 461 do CPC. Assim, (1) estaria o juiz realizando um prejulgamento ao apontar a existência de verossimilhança e prova inequívoca da infração e da autoria?; (2) estaríamos diante de uma hipótese de fácil reversibilidade da medida, na hipótese de cederem os requisitos da antecipação da tutela? Como restituir o tempo privado ou mesmo as implicações de ordem subjetiva que uma instituição total como a unidade de internação poderá causar ao adolescente?; (3) voltando a utilizar conceitos como *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, como deveria o juiz fundamentar o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação caso o adolescente não seja colocado de imediato no cárcere? Dever-se-ia, então, o magistrado realizar um pré-julgamento e avaliar, portanto, o risco de esse adolescente reincidir?; (4) em se aplicando a processualística civilista também na fase de execução provisória, dever-se-ia observar o art. 475-O do CPC em que a execução “*corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente* [no caso o Ministério Público, sendo vedada a execução provisória de ofício], *que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido*”? Nesse último particular, deveria o Ministério Público prestar fiança a ser destinada ao acusado no caso de reforma da sentença? E de que valor seria tal fiança? Ou dependeria do caso em concreto a variar quanto à classe econômica, cor e local de residência do acusado?

Enxergar como correto o cerceamento à regra de tratamento de inocência até o advento do trânsito em julgado da sentença condenatória é continuar a tratar o adolescente como *res*, como coisa, como objeto a que se aplicam medidas tutelares ao prudente juízo do pai ou médico social da vez, negando ao adolescente a almejada emancipação de direitos, relegando-o, mais uma vez, à famigerada condição de *menor*. É continuar encobrendo de argumentos, ainda que desprovidos de racionalidade, a vontade de encaminhar ao cárcere aquele que se tem como indesejável.

### 4. Referências bibliográficas

GARCIA MÉNDEZ, Emilio. Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006.

GOFFMAN, Ervin. *Estigma: la identidad deteriorada*. 5. ed. Buenos Aires: Amorrortu Ed., 1993.

\_\_\_\_\_. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LOPES JR., Aury. *Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal]. Acesso em: 16.08.2015.



 SUMÁRIO

 EXPEDIENTE

 APRESENTAÇÃO

 ENTREVISTA  
01 02

 ARTIGOS  
01 02 03 04

 ESCOLAS PENAIAS  
01 02

 DIREITOS HUMANOS  
01 02 03

 INFÂNCIA  
01 02

 PARECER

 CONTO

 CADEIA DE PAPEL

MARTIN-CHENUT, Kathia Regina. Adolescentes em conflito com a lei: o modelo de intervenção preconizado pelo direito internacional dos direitos humanos. Textos reunidos. *Revista do Ilanud*, n. 24, São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do homo sacer (Agamben). In: ILANUD, ABMP, SEDH, UNFPA (orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VAY, Giancarlo Silkunas. *Aplicação do CPC ao processo socioeducativo: a quem interessa continuar a tratar o adolescente como res?* Disponível em: [justificando.com/2014/07/21/aplicacao-cpc-ao-processo-socioeducativo-quem-interessa-continuar-tratar-o-adolescente-como-res/]. Acesso em: 16.08.2015.

\_\_\_\_\_. *Prioridade absoluta às avessas: que a juventude permaneça no cárcere!* Disponível em: [justificando.com/2014/09/07/prioridade-absoluta-avessas-que-juventude-permaneca-carcere/]. Acesso em: 16.08.2015.

\_\_\_\_\_; SILVA, Tédney Moreira da. *A escola correccionalista e o direito protetor dos criminosos*. Revista *Liberdades*, n. 11, São Paulo: IBCCrim, 2012.